

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ADRIANO BARBOSA

DAS CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS À  
NECESSIDADE DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

CURITIBA  
2013

ADRIANO BARBOSA

DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS  
À NECESSIDADE DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Processo Civil, no Curso de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Co-orientador: Professor Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

CURITIBA  
2013

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

ADRIANO BARBOSA

### **DAS CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS À NECESSIDADE DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha  
Orientador – Departamento de Direito, UFPR

---

Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes  
Co-orientador - Departamento de Direito, UFPR

---

Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão  
Departamento de Direito, UFPR

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jaqueline Mielke Silva  
Departamento de Direito, PUCRS

Curitiba, 28 de fevereiro de 2013.

Inicialmente, dedico este trabalho à memória da minha mãe, MARIA LÚCIA BARBOSA, que, em vida, consagrou-se de maneira incansável à família. Da mesma forma, dedico ao meu pai, AQUILINO BARBOSA, de quem sinto orgulho pelo caráter e honestidade.

Por fim, dedico essa dissertação à minha amada, ANDRESSA, que mudou completamente a minha vida, (re)significando-a e tornando-a muito mais colorida.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Prof. Dr. ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA, por ter aceitado o pedido de orientação e por toda a gentileza e compreensão demonstradas em nossas conversas.

De maneira muito particular, ao Professor Dr. MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES, pela paciência, pelo precioso tempo dedicado e por toda ajuda que me prestou desde a preparação para o processo de seleção do Mestrado, durante o cumprimento dos créditos e nas conversas que tivemos, sempre muito proveitosas. Não tenho como agradecer toda orientação dispensada.

Ao querido Professor, Dr. CLEYTON MARANHÃO, pelas valorosas observações, tanto de conteúdo quanto metodológicas.

Aos meus amigos de escritório, ALEXANDRE, ALINE, PATRÍCIA, CHRISTIANE e LAÉRCIO, pela compreensão em relação à minha ausência, durante o processo de escrita, e por toda a ajuda prestada.

Aos meus colegas professores da FACULDADE DOM BOSCO, de forma geral, e, de forma particular, ao Professor ROBSON SANTIAGO.

De maneira muito especial, ao grande amor da minha vida, ANDRESSA MARA PRESTES, por ter tido a paciência de ler, tantas vezes, esse trabalho, pelas longas discussões que tivemos acerca do tema (que contribuíram, muito, para que eu pudesse ver o objeto da pesquisa de forma mais clara), e por toda ajuda e dedicação. E também, é claro, ao nosso amado filho, JOÃO LUCCA, que antes mesmo de seu nascimento, já é motivo e fonte de inspiração.

Por fim, é importante ressaltar que todas as deficiências deste trabalho só podem ser imputadas única e exclusivamente à minha pessoa, e às limitações inerentes ao momento da escrita.

O Melhor Possível  
Olhai, não dominamos nosso futuro...  
Amanhã, talvez não restem mais que as marcas de nossos passos no chão. E o que  
teremos feito?  
Teremos sorrido o suficiente?  
Amado o suficiente?  
Aprendido o suficiente?  
Não... Não nós, humanos, de passagem tão efêmera pelo mundo.  
Talvez só tenhamos feito o máximo possível, isto é, se não nos tivermos prendido  
ante tanta coisa que atém ou inibe o espírito.  
Às vezes somos muito insuficientes. Somos humanos! [...]  
Ah, mas eu... eu não quero levar comigo essa sensação de desperdício.  
Quero sair daqui podendo afirmar que vivi intensamente!  
Que amei, que sorri, que chorei, que errei, que aprendi, que passei, sim, por este  
mundo de forma muito breve, talvez, mas quero levar comigo a certeza de que  
sempre vivi e procurei fazer o melhor possível!

Augusto Branco

## RESUMO

O Projeto do Novo Código de Processo Civil adotou, como uma de suas técnicas legislativas, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, encampando, assim, um fundo ideológico distinto daquele que permeou o ideal de codificação do liberalismo. Por meio desta técnica, busca-se conferir maior liberdade ao magistrado (que outrora deveria ser apenas a “boca da lei”), visando a uma maior aproximação do Direito Processual ao Direito Material, possibilitando a construção de soluções mais adequadas ao caso concreto e à efetividade da tutela jurisdicional. Nesse contexto, o trabalho busca demonstrar que essa nova forma de legislar – por ser mais compatível com o Estado Constitucional, permitindo uma maior mobilidade e adequação do sistema jurídico à realidade empírica – a despeito de necessária, tem como “efeito colateral” um significativo aumento do poder criativo dos juízes, gerando imprevisibilidade e menor segurança jurídica, possibilitando que casos iguais sejam tratados de forma díspar. Assim, à luz de algumas categorias da sociologia compreensiva de MAX WEBER – *como possível forma de assegurar a introjeção de racionalidade material na racionalidade formal* – e da perspectiva sistêmica de NIKLAS LUHMANN – *buscando garantir o equilíbrio do sistema jurídico, diminuindo complexidade e contingência* – a investigação busca demonstrar a necessidade da adoção dos precedentes obrigatórios – à semelhança do que ocorre nos sistemas da *common law* – como possível alternativa ao controle do poder criativo dos juízes, com vistas à unidade e segurança jurídica do sistema, no maior grau possível.

**Palavras-chave:** Cláusulas gerais. Conceitos jurídicos indeterminados. Técnica legislativa. Tutela dos direitos. Precedentes.

## RIASSUNTO

Il Progetto del Nuovo Codice Civile, ha adottato, come una delle sue tecniche legislative, le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati, prendendo così, un fondo ideologico diverso da quello che ha permeato l'ideale di codificazione del liberalismo. Attraverso questa tecnica, si cerca di conferire maggior libertà al magistrato (che in altri tempi dovrebbe essere soltanto la bocca della legge), cercando un maggiore avvicinamento del Diritto Processuale al Diritto Materiale, propiziandosi la costruzione di soluzioni più adatte al caso concreto e all'effettività della tutela giurisdizionale. In questo contesto, il lavoro cerca di dimostrare che questa nuova forma di legiferare – per essere più compatibile con lo Stato Costituzionale, permettendo una maggior mobilità e adeguazione del sistema giuridico alla realtà empirica - , ha come “effetto collaterale” un significativo aumento del potere creativo dei giudici, provocando imprevedibilità e minore sicurezza giuridica, permettendo che casi uguali siano trattati di forma dispare. Così, alla luce di alcune categorie della sociologia comprensiva di MAX WEBER – *come possibile forma di assicurare l'introduzione di razionalità materiale dentro della razionalità formale*, e dalla prospettiva sistemica di NIKLAS LUHMANN – *cercando di garantire l'equilibrio del sistema giuridico, diminuendo complessità e contingenza* – l'investigazione cerca di dimostrare la necessità di adozione dei precedenti obbligatori – simile a quello che succede nei sistemi di *common law* – come possibile alternativa al controllo del potere creativo dei giudici e cercando l'unicità e sicurezza giuridica del sistema, al più grado possibile.

**Parole chiave:** Clausole generali. Concetti giuridici indeterminati. Tecnica legislativa. Tutela dei diritti. Precedenti.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 SISTEMA JURÍDICO: UMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA .....</b>	<b>13</b>
2.1 NOÇÃO DE SISTEMA .....	13
2.2 PERSPECTIVA COMPREENSIVA (MAX WEBER) .....	14
2.3 PERSPECTIVA SISTÊMICA (NIKLAS LUHMANN) .....	25
<b>3 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS GERAIS .....</b>	<b>45</b>
3.1 TRAÇOS CARACTERÍSTICOS E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS .....	45
3.2 DO CÓDIGO BUZAID AO PROJETO DO NOVO CPC: ABERTURA DO SISTEMA.....	53
3.3 TÉCNICA LEGISLATIVA DO NOVO CPC E PERTINÊNCIA COM O ESTADO CONSTITUCIONAL: VANTAGENS E RISCOS POSSÍVEIS .....	60
<b>4 AS MODIFICAÇÕES DO <i>CIVIL LAW</i>.....</b>	<b>70</b>
4.1 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO LIBERAL: A DECISÃO JUDICIAL E A CERTEZA JURÍDICA COMO GARANTIA DE SEGURANÇA.....	70
4.2 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO CONSTITUCIONAL: O IMPACTO DA TÉCNICA DOS CONCEITOS VAGOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA .....	73
4.3 APROXIMAÇÃO ENTRE AS JURISDIÇÕES DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i> .....	79
<b>5 EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS.....</b>	<b>91</b>
5.1 CRISE DA TUTELA JURISDICIONAL: CERTEZA E SEGURANÇA JURÍDICA ...	91
5.2 A VALORIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO EM CONTRADITÓRIO: MECANISMO DE LIMITAÇÃO DO PODER CRIATIVO DOS JUÍZES E FORMA DE CONFERIR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA À FORMULAÇÃO DA DECISÃO AMPARADA EM CONCEITOS VAGOS .....	98
<b>5.2.1 Possíveis objeções à atuação do Poder Judiciário a partir da análise da função desempenhada pelo STF .....</b>	<b>102</b>
<b>5.2.2 A posição do STF de acordo com o ministro LUIZ FUX .....</b>	<b>104</b>
<b>5.2.3 Há legitimidade democrática em decisões tomadas pelo Poder Judiciário, mesmo por um órgão de cúpula? .....</b>	<b>106</b>

<b>5.2.4 Quem deve ter o direito de errar por último? .....</b>	<b>109</b>
<b>5.2.5 Uma proposta de releitura do papel exercido pelo Poder Judiciário a partir de um contraditório amplo e efetivo.....</b>	<b>110</b>
<b>5.3 RESPEITO AOS PRECEDENTES COMO FORMA DE GARANTIA DA EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS .....</b>	<b>117</b>
<b>5.3.1 O projeto de novo CPC. A necessidade do stare decisis .....</b>	<b>119</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>132</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>135</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É de amplo conhecimento entre aqueles que se dedicam ao estudo do Direito Processual Civil a existência do Projeto de Lei n. 166/2010, o qual, após diversas propostas, muito debate e revisão do seu texto, foi aprovado pelo Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, onde passou a ser identificado como Projeto de Lei n. 8.046/2010.

Atualmente, o Projeto encontra-se novamente no Senado, onde foi constituída uma “Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973).<sup>1</sup>

Referida proposta legislativa traz a lume inúmeras discussões entre os operadores do direito, que vão desde a efetiva necessidade de um novo Código de Processo Civil<sup>2</sup>, da importância da adoção do sistema de codificação<sup>3</sup>, chegando até mesmo à discussão quanto à *melhor técnica legislativa a ser empregada*.

E é justamente este último tema – adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como técnica legislativa, seus limites e implicações – pela sua ligação direta com a implantação de um sistema jurídico que possibilite a efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada (art. 5, XXXV, da CF/88), bem como a efetiva proteção dos direitos (tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional), em Conformidade com o Estado de Direito Constitucional, que interessa para os fins específicos desta investigação.

E interessa, sobretudo, por pelo menos duas razões: i) primeiro, porque essa nova técnica legislativa leva a uma mudança significativa na forma de aplicação do direito ao caso concreto, com inúmeras implicações práticas – algumas

<sup>1</sup> BRASIL. **Projeto de Lei 8046/2010**. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 05 jan. 2012. O Anteprojeto de Lei foi apresentado ao Senado Federal em junho de 2010, e foi criado por uma Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, tendo a relatoria dos trabalhos ficado a cargo da Dr.<sup>a</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier. Também integraram a comissão os Drs. Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Badaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

<sup>2</sup> Sobre a necessidade de um novo Código de Processo Civil e a diferença entre codificação e consolidação, conferir MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-60.

<sup>3</sup> “Sobre a “descodificação”, neologismo de *decodificazione*, expressão italiana criada por Natalino Irti, conferir IRTI, Natalino. **L'età della Decodificazione**. 4. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1999.

das quais serão analisadas ao longo do trabalho de investigação – já que a subsunção, própria da técnica legislativa da casuística, mostra-se insuficiente neste novo cenário, dando lugar a outros métodos, como a concreção; e, em segundo lugar, e não menos importante, **ii)** por ser possível observar, além da abertura do sistema processual, e à luz da sociologia compreensiva de Max Weber, que estas modificações levam à *passagem de uma racionalidade formal* (própria do liberalismo – em que imperam a calculabilidade e a previsibilidade), *para uma racionalidade material* – fundada em valores extrajurídicos e próxima de uma ética da convicção – mais presente na contemporaneidade. “Desformalização” esta, contudo, caracterizada por um aumento excessivo do poder criativo dos juízes, podendo levar à arbitrariedade e à redução do grau de segurança jurídica. Tal fato coloca em questão o debate acerca da conveniência e oportunidade da adoção de um sistema de precedentes, à semelhança daquele adotado pelos países da *common law*, podendo-se afirmar que tais precedentes poderiam servir como uma espécie de mecanismo de “freios e contrapesos”, e, a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, *que devolveriam estabilidade ao sistema jurídico, reduzindo complexidade e contingência*.

Nesse contexto, este trabalho tem como objeto as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, como técnica legislativa e, como referentes teóricos, a perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann e algumas categorias da sociologia compreensiva de Max Weber, que serão utilizadas no processo de compreensão do objeto de investigação.

O objetivo imediato é a compreensão das modificações ocasionadas pela alteração na técnica legislativa dentro do sistema jurídico do Código de Processo Civil. O referente metodológico é uma abordagem dedutiva, tendo como pano de fundo a causalidade de sentido (adequação causal ou causalidade adequada) entre Estado moderno, jurisdição e técnica legislativa.

Com essa proposta, o trabalho fará, no primeiro capítulo, uma abordagem sobre o sistema jurídico, a partir de uma perspectiva sociológica, tendo como temas a perspectiva compreensiva de Max Weber e a perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann. No segundo capítulo serão abordados os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, destacando as características e diferenças desses institutos, além de incursões sobre a “passagem” do Código *Buzaid* ao Projeto de novo Código de Processo Civil e das vantagens da nova técnica

legislativa no Estado Constitucional. No terceiro capítulo, por sua vez, serão abordadas algumas das modificações mais visíveis do *civil law*, traçando-se uma distinção entre o papel do Juiz no Estado liberal e no Estado Constitucional e finalizando com as modificações ocorridas, que levaram a uma aproximação entre as jurisdições do *commow law* e do *civil law*. Por fim, no quarto e último capítulo, busca-se demonstrar a necessidade da adoção dos precedentes obrigatórios como possível alternativa ao controle do poder criativo dos juízes e visando a unidade e segurança jurídica do sistema, no maior grau possível.

## 2 SISTEMA JURÍDICO: UMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

### 2.1 NOÇÃO DE SISTEMA

Neste item, como a própria denominação empregada já sugere, buscar-se-á apenas uma noção, muito breve, do que pode ser entendido por sistema. Com isso, haverá uma base para os tópicos seguintes, onde, a partir de algumas categorias da sociologia compreensiva de Weber, e da perspectiva sistêmica de Luhmann, serão constituídos os pressupostos teóricos necessários à consecução dos objetivos da pesquisa.

Tendo em conta essa ressalva, pode-se iniciar o estudo destacando que a expressão sistema, conforme Marilene Araújo, vem do grego, *sietemiun*, sendo que “um sistema contém um conjunto de elementos interconectados e forma um todo de maneira organizada.”<sup>4</sup>

Nas palavras de Leonel Severo Rocha, “o sistema seria um conjunto de partes diversas que constituem um todo organizado com propriedades diferentes daquelas encontradas na simples soma de partes que o compõem.”<sup>5</sup>

Sistemas, em outras palavras, podem ser entendidos e conceituados como um conjunto de temas ou elementos colocados em relação entre si, “costurados” por um princípio unificador, formando um todo pretensamente orgânico (i.e., que se supõe orgânico, fundamental), voltado para um determinado fim.

Como maior exemplo, no âmbito jurídico, pode-se citar o sistema constitucional, que tem no princípio da dignidade humana o grande elemento de ligação que perpassa toda a ordem constitucional e infraconstitucional, constituindo a própria noção de Estado Democrático de Direito.

A noção de sistema leva ao conceito de outro importante fenômeno, que é a sistematização e, em especial, a sistematização do ordenamento jurídico. Esta, de acordo com Max Weber

significa o inter-relacionamento de todas as disposições jurídicas obtidas mediante a análise, de tal modo que formem entre si um sistema de regras logicamente claro, internamente consistente e, sobretudo, em princípio, sem

---

<sup>4</sup> ARAÚJO, Marilene. A constituição e a teoria dos sistemas de Luhmann. **Revista de Direito Constitucional e internacional**. Ano 20, v. 79, abr-jun/ 2012. p. 434, nota 36.

<sup>5</sup> ROCHA, Leonel Severo; KIMG, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 14.

lacunas. Um sistema, portanto, que busca a possibilidade de subsumir logicamente a uma de suas normas todas as constelações de fatos imagináveis, porque, ao contrário, a ordem baseada nestas normas careceria de garantia jurídica.<sup>6</sup>

Com base nestas breves anotações sobre sistema e sistematização, pode-se empreender o desenvolvimento dos tópicos seguintes.

## 2.2 PERSPECTIVA COMPREENSIVA (MAX WEBER)

Max Weber constrói em seus estudos a ideia de *Ação Social* "como uma conduta pessoal determinada por objetivos específicos em relação ao outro [...], é a conduta e comportamento orientado pelas expectativas dos outros"<sup>7</sup>. A organização da sociedade deve, portanto, ser analisada de modo subjetivo, sempre com base nas possibilidades de interpretação que os agentes empregam em suas condutas.

De acordo com José Manuel de Sacadura Rocha:

Na Sociologia Compreensiva de Max Weber aquela objetividade nas relações sociais, paradigma da possibilidade de se formar um objeto próprio para a Sociologia como ciência a estudar, deverá ser revista. Talvez por isso mesmo Weber diga que o cientista social deve tentar ser objetivo em sua pesquisa, procurando deixar de lado seus pré-conceitos, mas que essa neutralidade é sempre subjetiva e bastante difícil de realizar, diferente dos autores positivistas como Durkheim, onde o cientista social deve ser e pode ser neutro.<sup>8</sup>

Por sua vez, Jessé Souza apresenta que

Weber logra transformar a percepção de uma "racionalidade objetiva" que se impõe aos sujeitos de modo independente de sua vontade, no fundamento mesmo de uma "sociologia compreensiva", toda voltada a captar o "sentido subjetivo" das ações humanas. É que, no "racionalismo moderno", são os pressupostos da "ação eficaz", no sentido de efetivamente transformadora da realidade externa, que a tornam "compreensível" para todos, permitindo a "evidência intersubjetiva" que garante a cientificidade de proposições e descrições da realidade<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva, v. 2, trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, São Paulo: UVB, 2004. p. 12.

<sup>7</sup> ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia jurídica**: fundamentos e fronteiras. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 97.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>9</sup> SOUZA, Jessé. A Atualidade de Max Weber no Brasil. **Cult**. São Paulo, v. 11, n. 124, maio, 2008. Disponível em: <revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-atualidade-de-max-weber-no-brasil/>. Acesso em: 16 dez. 2012.

Para José Manuel de Sacadura Rocha, dois pontos surgem como consequência dessa visão Weberiana: "1) o comportamento de indivíduos ou grupos não é previsível nem probabilista e 2) o relacionamento entre os indivíduos ou grupos não tem, necessariamente, o mesmo sentido"<sup>10</sup>. O autor explica que essas possibilidades de intercâmbio social levam ao conceito de *Relação Social* como sendo a interação de indivíduos orientados por enésimas expectativas, independente do sentido individual que cada um deposita na relação em si<sup>11</sup>. "Em suma, a vida social e a sociedade são instituições que, contrariamente ao senso comum, prescindem de unicidade nos comportamentos dos agentes que a formam, e nesta medida, quando dizemos *Relação Social*, estamos apenas, na maioria das vezes, falando de *Ação Social* simples"<sup>12</sup>.

A *Ação Social*, segundo a análise de Weber, pode ser classificada em quatro tipos característicos, sendo considerada de extrema complexidade de análise porque vários tipos podem compor a mesma *Ação*, e esta pode alterar-se conforme o tempo e a situação de exposição do indivíduo. Basicamente os tipos de *Ação Social* podem ser definidos como: 1) Tradicional - quando o indivíduo repete uma conduta típica do grupo ao qual pertence, sem muitas vezes questionar os motivos que o levam a isso; 2) Emocional - não há um exame racional da conduta, sendo apenas a emoção pura o impulso dos movimentos realizados; 3) Racional com Relação a Valores - quando o sujeito, de forma racional, analisa todos os meios para chegar a um determinado fim; e 4) Racional com Relação a Fins – em que objetivo justifica todos os trâmites empregados<sup>13</sup>.

Diante destes tipos de *Ação Social*, Max Weber conclui que nas sociedades modernas, industriais e capitalistas, o tipo de conduta preponderante é o racional com relação a fins, e chamou este tipo de conduta, que mais caracteriza os agentes sociais num grupo e época determinados, de *Tipo Ideal*. Em uma determinada sociedade, em um determinado momento de sua história, sempre um tipo de comportamento se destaca como sendo aquele que melhor identifica os comportamentos dos agentes sociais, por sua abrangência, repetição e consequências significativas para o grupo. Isto não quer dizer que os agentes sociais não apresentem outros destes tipos de *Ação Social*, ou que não os relacionem e os pratiquem até simultaneamente; quer dizer apenas que no momento de agirem, primeiro se comportam em escala maior de forma racional, planejada, e que ao o fazerem desta forma, visam antes de tudo, em uma constância significativa, a obtenção de seus objetivos e resultados desejados. Visto desta forma, o

<sup>10</sup> ROCHA, op. cit., p. 98.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 102-103.



*Tipo Ideal* não é algo que se deseja do comportamento social, mas uma constatação empírica da realidade social<sup>14</sup>.

Conforme explicitado, de acordo com Weber, a ação social (objeto da sociologia), que é a conduta humana subjetivamente visada, pode ser racional (referente a fins ou a valores), carismática ou afetiva e tradicional ou histórica<sup>15</sup>. Especificamente em relação à ação racional referente a fins, Ricardo Alexandre da Silva explica que ela conduz à ética da responsabilidade ou dos fins últimos. Por outro lado, a ação racional referente a valores traduzir-se-ia na ética da convicção. Segundo o autor:

A distinção entre essas categorias decorre da constatação da inexistência de uma ética única a orientar as ações sociais [...] nesse contexto, a ética da convicção é uma ética absoluta, despreocupada com as consequências da conduta praticada, ao passo que a ética da responsabilidade leva em conta as consequências da ação, orientando-a para a conquista dos fins almejados e se responsabilizando pelos seus efeitos<sup>16</sup>.

A propósito da questão que envolve a ética da convicção *versus* a ética da responsabilidade, cabe aqui um importante parêntesis acerca desse relevante tema abordado por Weber, em razão de sua implicação direta sobre a proposta de adoção dos precedentes obrigatórios.

A ética da convicção tem um caráter deontológico, e “apresenta a virtude como estando submetida ao respeito pelo imperativo categórico da lei moral.”<sup>17</sup>

Regula-se por normas e valores já estabelecidos que pretende aplicar na prática, independentemente das circunstâncias ou das consequências daí resultantes. Trata-se, portanto, de uma ética do dever, atendendo que os seus princípios se traduzem em obrigações ou imperativos aos quais se deve obedecer. É uma ética do absoluto, sem dúvidas, formal, na qual os seus princípios se traduzem em imperativos incondicionais. O que define o bem ou o mal mais não é do que a tradução ou concordância de valores ou princípios em práticas adequadas.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Ibidem, p. 103-104.

<sup>15</sup> No trabalho optou-se apenas por abordar a ação social racional (referente a fins ou a valores), deixando de lado a carismática ou afetiva e tradicional ou histórica. Sobre estas categorias, consultar WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Welsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

<sup>16</sup> SILVA, Ricardo Alexandre da. **Sentença condenatória ao pagamento de soma e cumprimento de sentença: reflexos da lei n. 11.232/2005**. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 12.

<sup>17</sup> FÓRUM DE ÉTICA. **Teorias de Max Weber**. Disponível em: <[www.eticus.com/teoriaseticas.php?sp=7](http://www.eticus.com/teoriaseticas.php?sp=7)>. Acesso em: 16 jan. 2013.

<sup>18</sup> Ibidem.

## A ética da responsabilidade possui um caráter teleológico e

apresenta um pendor mais utilitarista atendendo que orienta a sua ação a partir da análise das consequências daí resultantes. Esta análise levará em linha de conta o bem que pode ser feito a um número maior de pessoas assim como evitar o maior mal possível. Espera-se portanto que uma ação se traduza na maior felicidade possível para o maior número de pessoas possível. A ética da responsabilidade pode apresentar também uma vertente que difere do utilitarismo e que se prende com a finalidade, ou seja a bondade dos fins apresenta-se como justificativa para que se tomem as medidas necessárias à sua realização. Trata-se, assim, de uma ética centrada na eficácia de resultados, na análise dos riscos, na eficiência dos meios e procura conciliar uma postura pragmática com o altruísmo. Ao contrário da ética da convicção não é uma ética de certezas, intemporal e formal, é uma ética contextualizada, situacional, que pondera várias possibilidades de ação, apoiada em certezas provisionais, sujeita ao dinamismo dos costumes e do conhecimento.<sup>19</sup>

Retoma-se, então, a ideia de que a teoria social de Weber é amplamente articulada sobre o conceito de racionalidade. Segundo a abordagem exegética de José Vitor Lemes Gomes e Raul Francisco Magalhães, Max Weber relativiza a razão na medida em que a contextualiza de maneira histórica, de modo que "não dispõe de uma concepção totalizante e determinista do tema"<sup>20</sup>. Para os autores,

Pode-se dizer que a racionalidade é o conceito básico que articula a teoria social Weberiana, ou seja, a explicação da sociedade ocidental como um processo contínuo de racionalização do mundo que se dá no sucessivo enquadramento das relações sociais em regras objetivas, cuja faceta "macro" mais evidente manifesta-se na burocratização das formas de dominação carismáticas e tradicionais, e, num enfoque "micro", indica a noção de racionalidade da ação individual como o *tipo ideal* para compreensão da ação social. A racionalização da vida social é um processo geral, que produz estruturas de consciência típicas dos contextos da modernidade. Os agentes são "racionalizados" para perceberem uma autonomia crescente entre seus procedimentos cognitivos, suas crenças morais e suas expressões estéticas. Como traço inicial, entende-se por racionalização o "desencantamento" histórico do mundo, separando a dimensão religiosa das estruturas morais e legais da ordenação da vida social, desdobrando-se a modernidade em sociedades nas quais as esferas de valor científico, estético e moral se separam, constituindo lógicas próprias. Tal macroprocesso reclama para Weber instrumentos precisos de análise, e isso o leva a ir além das leituras historicistas, típicas do seu tempo, em direção a discutir as formas elementares de tal racionalização.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> GOMES, José Vitor Lemes; MAGALHÃES, Raul Francisco. Max Weber e a Racionalidade: Religião, Política e Ciência. **Teoria e Cultura**, Juiz de Fora, v. 3, n. 1/2, jan./dez. 2008. p. 79.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 79-80.

Especificamente em relação à legitimação racional do sistema jurídico<sup>22</sup>, Jürgen Habermas salienta que ela pode ser compreendida dentro dos conceitos Weberianos de racionalidade. O autor explica que Weber determinou três distintos significados ao termo "racional." O primeiro diz respeito à racionalidade instrumental, efetuada pelo domínio de regras técnicas que permitam uma correta previsão dos resultados desejados. O segundo termo seria relativo à racionalidade de fins, na qual a escolha dos objetivos deve ser pautada por clareza e objetividade, não baseada em critérios emocionais ou tradicionalistas. Há um terceiro significado, que é a definição de racionalidade científico-metódica, por meio da qual especialistas utilizam seu trabalho empírico e intelectual para resolver problemas ainda mitificados por falsas premissas sociais<sup>23</sup>. O sistema jurídico, dentro dos preceitos de racionalidade de Max Weber, encontra sua legitimidade na medida em que se sujeita a

a) racionalidade científica de especialistas; b) leis públicas, abstratas e gerais que asseguram espaços de autonomia privada para a busca racional - em termos de fins - de interesses subjetivos; c) da institucionalização de processos para o emprego estrito e a implementação destas leis, possibilitando a ligação, conforme as regras, portanto calculável, entre ações, fatos e consequências jurídicas, especialmente nos negócios organizados no âmbito do direito privado<sup>24</sup>.

Baseado em Weber, Habermas explica que dentro do Estado Social existe o chamado "direito regulador", instrumento por meio do qual o legislador pode, mediante ferramentas de intervenção, compensação e estabilização, dar resposta às exigências da sociedade. Nesse contexto surge o conceito Weberiano de

<sup>22</sup> Segundo Habermas: *"Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da "dominação legal." Porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. Segundo ele, a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais. [...] Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa "racionalidade", não se pode apelar para a razão prática no sentido de Kant ou de Aristóteles. Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral."* HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade, v. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 193.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 197-198.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 198.

racionalidade "formal" e "material"<sup>25</sup>, esta sendo compreendida como as exigências práticas que os interessados fazem ao direito, enquanto aquelas seriam os postulados éticos formados pelos doutrinadores jurídicos<sup>26</sup>.

Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais; b) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexos interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita no *medium* do direito enquanto tal.<sup>27</sup>

Para Weber,

Um direito é "formal" na medida em que se limita a considerar, no direito material e no processo, as características gerais unívocas dos fatos. Este formalismo, por sua vez, pode ter caráter duplo. Por um lado, as características juridicamente relevantes podem ter caráter sensível, evidente. A adesão a essas características externas – por exemplo, que determinada palavra foi dita, uma assinatura foi aposta, um ato simbólico com o significado definitivamente estabelecido foi realizado – constitui a forma mais rigorosa do formalismo jurídico. Então descobrem-se as características juridicamente relevantes mediante uma interpretação lógica do sentido, construindo-se e aplicando-se depois conceitos jurídicos fixos em forma de regras rigorosamente abstratas. Nesta racionalidade lógica – perde-se algo do formalismo baseado em fenômenos evidentes, porque desaparece a univocidade das características externas. Mas o contraste entre ela e a racionalidade material torna-se, com isso, ainda mais forte, pois esta última significa precisamente que as decisões de problemas jurídicos sofrem a influência de normas com dignidade qualitativamente diferente daquelas das generalizações de interpretações abstratas do sentido: imperativos éticos, por exemplo, ou regras de conveniência – utilitárias ou de outra natureza – ou máximas políticas, que rompem tanto com o formalismo das características externas quanto o da abstração lógica. Mas uma sublimação jurídica, específica e qualificada, do direito, no sentido atual, somente é possível quando este tem caráter formal. Nos limites do formalismo absoluto da característica evidente, ela está limitada à casuística. Somente a abstração interpretadora do sentido faz com que surja a tarefa especificamente sistemática: a de coordenar e racionalizar, com os meios da lógica, as regras jurídicas, cuja vigência é reconhecida num sistema, internamente consistente, de disposições jurídicas abstratas<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Marcos Cápio Fonseca Soares completa que: "Assim, da leitura da obra de Weber, percebe-se que a racionalização do direito é condicionada por uma contradição intransponível: aquela que opõe a racionalidade formal à racionalidade material. Esta oposição significa, em outras palavras, o confronto de um direito cuja descoberta repousa sobre uma lógica específica da esfera jurídica e fechado às influências externas, com um direito fundado sobre motivações religiosas, políticas, econômicas, etc. O primeiro formal e este último material." SOARES, Marcos Cápio Fonseca. **Direito Privado e Racionalidade**: um nome paradigma. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2452](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2452)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

<sup>26</sup> HABERMAS, op. cit., p. 195.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>28</sup> WEBER, 2009, op. cit., p. 13.

Também em relação à formalidade, cumpre destacar o pensamento de Julien Freund, o qual ressalta que o direito formal tende a sistematizar as normas jurídicas, esclarecendo que

Weber entende por lei formal a disposição jurídica que se deixa deduzir logicamente apenas dos pressupostos de um sistema determinado do direito. O direito formal é, pois, o conjunto do sistema do direito puro do qual todas as normas obedecem unicamente à lógica jurídica, sem intervenção de considerações externas ao direito. [...] é justo o que é estabelecido e conforme à letra ou à lógica do sistema<sup>29</sup>.

Marcos Cáprio Fonseca Soares ajuda a entender o estudo sobre a racionalidade formal de Weber, salientando que,

Para Weber, o tipo mais puro de racionalidade jurídica formal é encontrado no direito continental europeu, em sua estrutura fundamental caracterizada pela sistematização lógica. As características principais decorrentes da perspectiva do direito a partir da racionalidade formal seriam expressas pelas ideias de percebê-lo como portando uma ordem logicamente coerente, sem lacunas, que invoca para si uma metodologia específica, primando pelo caráter dedutivo de inferência dos fatos e extração das conclusões, e ancorado no postulado da neutralidade valorativa bem como num fundamento de legitimidade eminentemente formal. [...] A neutralidade axiológica é um postulado no qual está assentada a racionalidade formal do direito, pois a progressão desta última estaria ligada à rejeição de considerações ideológicas e de julgamentos de valor. Para Weber, uma característica essencial do direito formal consiste em descartar considerações extrínsecas (especialmente religiosas e políticas) na sistematização das normas jurídicas. Do mesmo modo que o princípio formal de legitimação, a legitimidade do direito racional formal está fundada no princípio da legalidade e da regularidade procedimental, e não sobre um critério substantivo de legitimação, tal como o direito natural<sup>30</sup>.

Weber explica que o procedimento jurídico, quando excessivamente formal, acaba por gerar uma sentença atrelada especificamente às provas apresentadas. "À uma parte é conferido o dever (e o direito) de determinada prova, estando concatenada com este ato (explícita ou tacitamente) a consequência de ganhar ou perder a causa"<sup>31</sup>.

E também anota que

Em virtude da "máxima processual", o juiz aguarda as propostas das partes. O que estas não solicitam nem apresentam não existe para ele; o que

<sup>29</sup> FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luiz Cláudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 184-185.

<sup>30</sup> SOARES, op. cit.

<sup>31</sup> WEBER, 2009, op. cit., p. 76.

acaba não averiguado com os meios de prova geralmente estabelecidos, irracionais ou racionais, também não existe. Aspira obter, portanto, apenas aquela verdade relativa que pode ser conseguida dentro dos limites dados pelos atos processuais das partes. [...] resta para a justiça formal somente o caráter de uma luta de interesses das partes, regulamentada no sentido de uma probabilidade pelo menos relativamente ótima de averiguar a verdade. Cabe a elas, e não ao poder público, realização do processo. O juiz não as obriga a fazer coisa alguma que elas próprias não peçam. Precisamente por isso, o juiz não pode corresponder, naturalmente, à necessidade de um cumprimento ótimo de exigências materiais dirigidas a uma justiça que satisfaça o sentimento de conveniência e equidade concreto, em cada caso.<sup>32</sup>

Segundo Weber, de acordo com o modelo histórico de desenvolvimento jurídico, a antiga justiça popular promovida perante os clãs possuía caráter de "primitiva irracionalidade formalista"<sup>33</sup>. A dominação regional por príncipes e hierarcas influenciou sobremaneira não apenas a cultura e a organização social do grupo dominado, como também o conteúdo do seu direito.

Essa influência difere de acordo com o caráter da dominação. Quanto mais o aparato da dominação dos príncipes e hierarcas era de caráter racional, administrado por "funcionários", tanto mais tendia sua influência [...] a dar à justiça um caráter racional quanto ao conteúdo e à forma (ainda que racional em sentidos diversos), a eliminar meios processuais irracionais e a sistematizar o direito material, e isto significava sempre também: a racionalizá-lo de alguma forma. [...] Onde faltou essa aliança (com poderosos grupos de interessados no direito), a secularização do direito e o desenvolvimento de um pensamento jurídico rigorosamente formal ou pararam após os primeiros passos ou foram diretamente obstruídos. Isto se deve, em termos gerais, ao fato de que o "racionalismo", tanto dos hierarcas quanto dos príncipes patrimoniais, é de caráter *material*. Não se aspira ao tipo mais preciso do ponto de vista formal-jurídico<sup>34</sup>.

O Direito Teocrático tornou-se uma das maiores expressões do estudo acerca da racionalidade material Weberiana, conforme

[...] não se realizava aquela separação dos mandamentos sagrados e do direito secular e persistia a mistura especificamente teocrática de exigências religiosas e rituais com as jurídicas. Nestes casos começou a interpenetração difusa de deveres éticos e jurídicos, exortações éticas e mandamentos jurídicos sem precisão formal, isto é, um direito especificamente *não-formal*<sup>35</sup>. [...] a tendência de toda justiça teocrática em averiguar a verdade *material* e absoluta e não apenas a formal, em oposição ao direito probatório formalista e fundamentado na máxima processual do direito profano, desenvolveu muito cedo a metodologia racional, porém especificamente material, do direito oficial. Uma justiça

---

<sup>32</sup> ibidem, p. 102.

<sup>33</sup> ibidem, p. 100.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>35</sup> ibidem, p. 101.

teocrática não pode deixar a averiguação da verdade, tampouco quanto a expiação de um mal já feito, à mercê do arbítrio das partes. Procede *de ofício* (máxima oficial) e cria para si um procedimento probatório que lhe parece oferecer a garantia da averiguação ótima dos fatos verdadeiros<sup>36</sup>.

Por sua vez, David M. Trubek salienta que

[...] a tomada de decisões substancialmente racionais utiliza uma série de critérios ou políticas, mas tais critérios advêm de um corpo de pensamento externo ao sistema jurídico, por exemplo, a religião e a ideologia política. Será possível apreender a racionalidade do funcionamento desse sistema até onde se possam compreender os princípios que orientam o funcionamento do corpo de pensamento que lhe é externo<sup>37</sup>.

Já a racionalidade lógico-formal, segundo o autor,

[...] combina um alto grau de diferenciação jurídica com uma confiança substancial em regras gerais pré-existentes para a tomada de decisões jurídicas. [...] O pensamento jurídico é racional, pois remete a alguma justificativa que transcende o caso concreto e se baseia em regras existentes e claramente definidas; é formal, pois os critérios de decisão são intrínsecos ao sistema de direito; e lógico, pois as regras e os princípios são deliberadamente construídos por formas especializadas de pensamento jurídico, baseados em uma classificação altamente lógica; também porque as decisões de casos específicos são tomadas por meio de processos lógico-dedutivos especializados que partem de princípios ou regras previamente estabelecidos<sup>38</sup>.

A racionalidade material, portanto, tem uma maior aderência empírica, havendo uma maior inserção de elementos externos, respondendo mais às realidades. Marcos Cáprio Fonseca Soares cita que

Como consequência da racionalidade material, há uma substituição ou, ao menos, uma complementaridade, dos conceitos jurídicos por raciocínios sociológicos, econômicos ou éticos. [...] com relação ao postulado da neutralidade axiológica, podemos dizer que a descoberta e a criação do direito, a partir de uma racionalidade material, devem se apoiar sobre uma escolha axiológica, especialmente por recurso a um critério que se pretenda objetivo. Com isso, a neutralidade axiológica não pode servir de guia, em um direito racional material, à atividade jurídica científica<sup>39</sup>.

Comparando a relação existente entre a racionalidade formal e a racionalidade material, Weber constata a existência de um dualismo jurídico:

<sup>36</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>37</sup> TRUBEK, David M. Max Weber sobre o direito e ascensão do capitalismo. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, jan-jun 2007. p. 160.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>39</sup> SOARES, op. cit.

[...] justiça formal para os conflitos dentro da camada própria e arbítrio ou negação de direito efetiva diante dos economicamente fracos - [...] as camadas burguesas costumam estar mais interessadas numa prática jurídica racional e, por isso, também, num direito formal sistematizado, unívoco, racionalmente criado com referência a fins, que exclui tanto a vinculação à tradição quanto o arbítrio e, portanto, somente permite a derivação de direito subjetivo a partir de normas objetivas<sup>40</sup>.

Marcos Cáprio Fonseca Soares pondera que essa percepção crítica do sistema social por Weber dá-se da seguinte forma:

Com relação à reclamação por uma justiça material da ordem social, no entendimento de WEBER, a mesma provém, antes de qualquer outra, das reivindicações das classes não privilegiadas. A estas reivindicações, fazem eco certas ideologias dos juristas que exigem um direito social sobre a base de postulados éticos. Este último movimento, segundo o autor, vai ao encontro da ideologia do bem estar, típica do Estado intervencionista, e ao encontro de sua racionalidade burocrática<sup>41</sup>.

*A Ação Social* é o que vai determinar a criação de novas regras jurídicas. Weber considera que o maior fomento inventivo é a transformação do significado dos conceitos históricos vivenciados por um determinado grupo social, pois

[...] temos em todos os tempos e ainda hoje o surgimento "inconsciente", isto é, não sentido pelos participantes como criação, de regras empiricamente vigentes para a ação, também de regras jurídicas. Isso ocorre, sobretudo, ao modificar-se imperceptivelmente a sua significação, isto é, devido à crença de que situações de fato, que realmente são novas, não contenham nenhum elemento novo que possa entrar na avaliação jurídica. Mas ocorre também quando se aplica a situações antigas ou realmente novas um direito novo, acreditando que este sempre tenha estado em vigor e sido aplicado dessa forma. Mas paralelamente temos, desde sempre, o grande grupo dos casos em que ambas as coisas, tanto a situação de fato quanto o direito a ela aplicado, são consideradas "novas" - em grau e sentidos diversos<sup>42</sup>.

Para Weber, mudança do significado ou da necessidade jurídica vigente em determinado período pode ser estimulada por três tipos de situação: 1) os indivíduos passam a modificar sua conduta pessoal com a finalidade de proteger determinados interesses, fazendo nascer, ao longo de um certo período, novas relações sociais reiteradas; 2) devido ao contexto social e econômico em constante modificação, determinados comportamentos coletivos tornam-se menos ou mais adequados, modificando as necessidades gerais da sociedade; ou 3) ocorre a invenção pura de

<sup>40</sup> WEBER, 2009, op. cit., p. 104.

<sup>41</sup> SOARES, op. cit.

<sup>42</sup> WEBER, 2009, op. cit., p. 68-69.



uma nova ação social - como um acordo - , propagada aos demais membros por repetição e maior adequação, normalmente amparada por uma adaptação consensual, sem necessidade de uma imposição jurídica coercitiva do Estado<sup>43</sup>.

O sentido visado em acordos pode ser discutível ou sua divulgação constituir uma inovação ainda precária. Nesse caso, o "juiz", como queremos chamar aqui *a potiori* ao aparato jurídico coativo, é uma segunda instância independente. Mas, mesmo fora desses casos, ele não se limita, de modo algum, a sancionar as ordens de fato vigentes, em virtude de consenso ou acordo, pois, em todo caso, exerce quase sempre influência muito forte sobre a seleção daquilo que se sobrevive como direito, pelas consequências de uma decisão pronunciada que transcendem o caso concreto. Logo veremos que a fonte das decisões "judiciais", primeiramente, não está constituída por normas gerais - "normas de decisão" - de qualquer tipo, as quais ele poderia "aplicar" ao caso concreto, ou somente o está quando se trata de certos problemas preliminares formais. Ao contrário, o juiz, ao decretar a garantia coativa num caso concreto e por razões concretas, cria eventualmente a vigência empírica de uma norma geral como "direito objetivo", porque sua máxima ganha importância, que vai além desse caso concreto. Mas também esse fenômeno não é algo primitivo ou geral. Falta inteiramente na decisão primitiva apoiada nos meios mágicos da revelação do direito. Também em toda aplicação do direito ainda não racionalizada em sentido formal-jurídico, depois de esta ter superado o estágio de juízo divino, a influência da irracionalidade do caso concreto é ainda muito forte. A este nem se aplica uma "norma jurídica" geral, nem vale a máxima da decisão concreta - desde que exista e se torne consciente - como norma pela qual, depois de "reconhecida", se possam orientar também "sentenças" futuras. [...] Mesmo disposições referentes a regras gerais são, portanto, instáveis<sup>44</sup>.

Weber explica que a instabilidade característica de decisões primárias pode ser superada quando "a decisão se torna objeto de alguma discussão ou quando se procura nos fundamentos racionais dela"<sup>45</sup>. Os "precedentes" dos juízes constituirão fontes primárias da formação de regras jurídicas na medida da "tipificação de determinados consensos, sobretudo pactos racionais com referência a fins, criados de modo progressivamente consciente pela ação de indivíduos"<sup>46</sup>.

Em geral, a sentença judicial, sob a óptica Weberiana, não é impregnada de força normativa. Entretanto, existe a possibilidade de que esta imposição instantânea crie uma nova regra, conforme expõe o sociólogo

Há normas que nascem como regras conscientemente *impostas*. Mas isto somente pode ocorrer de uma única maneira: por uma nova *revelação* carismática. Pode ser a revelação de uma decisão apenas individual, que

<sup>43</sup> ibidem, p. 69.

<sup>44</sup> WEBER, 2009, op. cit., p. 71.

<sup>45</sup> ibidem, p. 72.

<sup>46</sup> ibidem, p. 72.

indica o que é justo num caso concreto. Isto é o que ocorre originalmente. Mas pode ser também de uma norma geral, que estabelece o que deve ser feito futuramente em todos os casos semelhantes. A revelação jurídica, nessas formas, é o primitivo elemento revolucionário em oposição à estabilidade da tradição, e a mãe de todo direito "estatuído." A inspiração de novas normas pode ocorrer aos carismaticamente qualificados, de fato ou pelo menos aparentemente, independente de ocasiões concretas, sobretudo sem que se mudem as condições externas<sup>47</sup>.

Weber assinala que "o direito dos precedentes judiciais é a forma mais antiga de criação de um 'direito consuetudinário'"<sup>48</sup>, e que um 'direito' formalmente desenvolvido em algum sentido, como complexo de máximas de decisão conscientes, não existiu nunca e em nenhum lugar sem a colaboração decisiva de peritos jurídicos especializados.<sup>49</sup>

Feitas essas breves linhas acerca da teoria compreensiva de Weber, tendo como referência, de forma muito específica as categorias da racionalidade material, da racionalidade formal e das éticas da convicção e da responsabilidade, passa-se a analisar a perspectiva sistêmica de Niklas Luhman. Juntas, as visões destes dois marcos teóricos (Weber e Luhmann), constituirão o pano de fundo de toda a análise desenvolvida ao longo da investigação.

### 2.3 PERSPECTIVA SISTÊMICA (NIKLAS LUHMANN)

O positivismo deu início a uma proposta de estudo do conhecimento jurídico, com a redução de seu objeto. "Assim, o Direito, como objeto de estudo passa a ser considerado isoladamente, sem a percepção de outras áreas, como a filosofia, a antropologia, a sociologia, a política. Tais reduções e separações terminam por produzir dicotomias, como ser e dever ser; direito e moral; direito e política e outras."<sup>50</sup>

Dessa forma, salienta Marilene Araújo que

entre o final dos anos 60 e o início dos anos 70 do século passado, após um período marcado por um excessivo positivismo jurídico, correntes de pensamento iniciam a tentativa de fazer uma conexão do Direito com outras áreas do conhecimento, como Ética, Economia, Comunicação, Biologia.

---

<sup>47</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>50</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 432.

Nesse momento aparece também o pensamento sistêmico (como nova teoria de sistemas) de Niklas Luhmann.<sup>51</sup>

E foi esse autor quem lançou as bases da teoria dos sistemas sociais autopoieticos<sup>52</sup>, influenciado pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela, bem como pela teoria dos sistemas sociais de Talcott Parsons.<sup>53</sup>

De acordo com Leonel Severo Rocha, a *observação do Direito* – que é entendido por Luhmann como um sistema autopoietico<sup>54</sup> – é uma das grandes contribuições da teoria luhmanniana, que se constituiu em um dos significativos aportes para a renovação da dogmática jurídica no século XXI.<sup>55</sup>

Luhmann, explica Leonel, parte do princípio de que boa parte dos objetos da sociologia, biologia, física e astronomia, forma sistemas.<sup>56</sup> Nesse âmbito, busca compreender as organizações como sistemas, como modelos abstratos, assim o fazendo, primeiro, em relação às organizações administrativas e, depois, em relação

<sup>51</sup> Ibidem, p. 432.

<sup>52</sup> Habermas, com base em LUHMANN, afirma que “a teoria dos sistemas abandona o nível dos sujeitos da ação, sejam eles indivíduos ou coletividades, e, amparada na densificação dos complexos organizatórios, chega à conclusão de que a sociedade constitui uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham uns em relação aos outros através de semânticas próprias, formando ambientes uns para os outros. A interação entre tais sistemas não depende mais das intenções ou dos interesses de atores participantes, mas de modos de operação próprios, determinados internamente.” HABERMAS, op. cit., p. 63.

<sup>53</sup> A esse respeito, conferir ARAÚJO, op. cit., p. 434.

<sup>54</sup> Nesse sentido, HABERMAS, op. cit., p. 222.

<sup>55</sup> Niklas Luhmann explica que “nem todas as normas, instituições e princípios identificáveis possuem qualidades jurídicas. Para o direito deve ser indicado um critério mais limitado, devendo ser o mesmo definido de maneira funcional e seletiva em relação ao campo interativo discutido.” O próprio autor, para uma melhor compreensão, apresenta um resumo de sua tese: “o comportamento social, dentro dum mundo altamente complexo e contingente, requer realizações redutivas, as quais possibilitam expectativas de comportamento recíprocas e que são dirigidas através das expectativas do comportamento. Na dimensão tempo podem estas estruturas de expectativas ser estabilizadas de forma antidecepçante através de normação. Isso pressupõe, quando da complexidade social cada vez crescente, uma diferenciação de expectativas cognitivas (apreensíveis) e normativas e mais disponibilidade de mecanismos eficazes da dinâmica deceptiva. Dentro da dimensão social podem estas estruturas de expectativas ser institucionalizadas, quer dizer, apoiadas pelo consenso esperado de terceiros. Isso pressupõe, quando da complexidade social crescente, suposições de consenso fictícias intensificadas, assim como institucionalização do institucionalizar em papéis específicos. Dentro da dimensão objetiva podem estas estruturas de expectativas ser fixadas exteriormente através de sentido idêntico e colocadas em uma relação de confirmação e limitação mútuas. Isto pressupõe, quando da crescente complexidade social, uma diferenciação de vários níveis de abstração. Para obtermos um conceito englobante atendendo às necessidades dessas três dimensões, daqui em diante, da generalização de expectativas de comportamentos, em particular da generalização temporal, social e objetiva.” LUHMANN, Niklas. *Direito como generalização congruente*. In: SOARES, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e direito**: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2005a. p. 130-137, p. 130.

<sup>56</sup> ROCHA; KING; SCHWARTZ, op. cit., p. 11.

à sociedade. Aliás, para Luhmann, falar de sociedade é falar de sistema e de ordem social.<sup>57</sup>

Nessa empreitada, Luhmann foi além das insuficiências epistemológicas da ontologia da verdade e da metafísica da compreensão; propôs a observação da complexidade, investigando “se os sistemas sociais são sistemas operativamente fechados, autorreferenciais ou autopoieticos”, e “colocando por base a *comunicação*”<sup>58</sup>, que é proposta como elemento constitutivo das organizações.

Para Luhmann, é na sociedade que tudo está incluído - sendo este o ponto de partida fundamental – na medida em que “não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social.”<sup>59</sup>

E conforme sustém Juan Antonio Garcia Amado, “o problema desencadeante da gênese e manutenção da ordem social é designado em Luhmann com dois conceitos estreitamente relacionados: *complexidade* e *dupla contingência*.”<sup>60</sup>

Nas palavras do próprio Luhmann

A maneira mais acessível de entender a complexidade é pensar, primeiramente, no número das possíveis relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos. Imediatamente, compreender-se-á que cada organismo, máquina e formação social, tem sempre um meio que é mais complexo, e oferece mais possibilidades do que aquelas que o sistema pode aceitar, processar, ou legitimar. Partindo-se dessa representação elementar de um gradiente de complexidade entre sistema e meio, tem-se que o sistema opera de maneira seletiva, tanto no plano das

<sup>57</sup> AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 301. Marilene Araujo salienta que “*Para Niklas Luhmann a sociedade é um sistema complexo, que se autorreproduz a partir de seus próprios elementos e que tem a comunicação como seu elemento constituinte. Assim há a compreensão da sociedade como um sistema de comunicação e das instituições sociais como a economia, o direito, a educação, a política, a religião, como subsistemas. Tal como o sistema biológico tem por base a vida (Maturana), o sistema social tem por base a comunicação, segundo Luhmann. A teoria dos sistemas proposta por Luhmann conduz à análise do sistema social total (a sociedade) e de seus diversos sistemas, sem se perder a noção do todo, pois, ao mesmo tempo, cada sistema possui seus próprios elementos e se reproduz de maneira autônoma, mas de forma sensível aos outros sistemas. A partir de Luhmann os sistemas não são mais estruturais, como coisas fixas, mas são dinâmicos, se inter-relacionam dinamicamente, realizando o movimento contínuo, com vida própria que inclui a autoprodução e reprodução, de si mesmos e assim da sociedade. As coisas não são mais estáticas, está tudo em movimento, o mundo e vida giram todos os dias.*” ARAÚJO, op. cit., p. 434.

<sup>58</sup> ROCHA; KIMG; SCHWARTZ, op. cit., p. 13.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>60</sup> AMADO, op. cit., p. 301

estruturas, como no dos processos: sempre há outras possibilidades que podem ser selecionadas, quando se tenta atingir uma ordem. Precisamente porque o sistema seleciona uma ordem, ele se torna complexo, já que se obriga a fazer uma seleção da relação entre seus elementos. Do ponto de vista formal, o conceito de complexidade se define, então, mediante os termos elemento e relação. A questão da complexidade fica, assim, caracterizada como aumento quantitativo dos elementos: com o aumento do número de elementos que devem permanecer unidos no sistema, cresce em proporção geométrica o número das possíveis relações, determinando, assim, que o sistema seja obrigado a selecionar a forma como deve relacionar tais elementos. Por complexo se designa, então, aquela soma de elementos, que em razão de uma limitação imanente de capacidade de conexão do sistema, já não possibilita que cada elemento permaneça sempre vinculado.<sup>61</sup>

E, em outra obra, chamada “Sociologia do Direito I”, acrescenta

Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas, ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.<sup>62</sup>

Leonel Severo Rocha explica que complexidade é ordenada pelos sistemas, “a partir de certos tipos de perspectiva, conforme o tipo de diferenciação funcional evolutivamente consagrado.”<sup>63</sup> Por sua vez, Juan Antonio Garcia Amado esclarece que, por complexidade, “se entende o conjunto de todos os eventos (Ereignisse, Events) possíveis. Designa-se assim, portanto, o campo ilimitado dos mundos possíveis.”<sup>64</sup>

E considerando que a sociedade é complexa - uma vez que existem excessos de possibilidades em cada operação e infinitas possibilidades de as coisas acontecerem – os sistemas procuram reduzir essa complexidade.<sup>65</sup>

A redução da complexidade – entendida como processo social permanente,

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 184.

<sup>62</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Gustavo Bayer (trad.). Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 45-46.

<sup>63</sup> ROCHA; KIMG; SCHWARTZ, op. cit., p. 19.

<sup>64</sup> AMADO, op. cit., p. 301.

<sup>65</sup> “Do ponto de vista metodológico, a teoria sistêmico-funcional elaborada por Niklas Luhmann busca a redução da complexidade, ocasionada pelas inúmeras possibilidades existentes no mundo, que o deixam inobservável.” ARAÚJO, op. cit., p. 433.

início e motor da evolução dos sistemas sociais<sup>66</sup> – se dá a partir do processo de tomada de decisão, decidindo-se fazer ou realizar alguma coisa. Contudo, “Há um momento em que se poderia [...] escolher entre as possibilidades. Mas uma vez estando escolhida, esta constitui a realidade (as outras possibilidades continuam existindo como ambiente).”<sup>67</sup> Assim, paradoxalmente, a busca pela diminuição da complexidade aumenta a complexidade.

E “deslocando o problema da complexidade para o problema originário de toda a relação interpessoal”, isto é, relacionando-se o problema da complexidade com “a hipótese de uma ‘situação originária’ de contato entre dois indivíduos no âmbito dessa complexidade ainda não reduzida em forma alguma, sem sociedade, o problema toma a forma da ‘dupla contingência’.”<sup>68</sup>

De acordo com Luhmann, a expressão dupla contingência, do ponto de vista histórico, tornou-se conhecida graças a Parsons, e “constitui uma reformulação da antiga pergunta de como a ordem social é possível? O modo de propor a questão faz alusão à técnica kantiana do modo de indagar, no sentido de não se perguntar o que é, mas sim como é possível.”<sup>69</sup>

Para Parsons, dupla contingência servia para explicar o surgimento dos sistemas sociais, entendendo-se por contingência, nesse contexto, dependência, “conforme expressão do inglês *contingente on*.”<sup>70</sup> E, compreendida dessa forma, continua Luhmann,

a contingência “serve de modelo para explicar a relação entre um *ego* e um *alter*, contrapostos com suas respectivas necessidades e possibilidades: *alter* depende do que se ative *ego*, e vice-versa. *Alter* e *ego* podem ser aqui pessoas ou grupos: como é possível obter a complementariedade das expectativas e de auxílio de *ego* e de *alter*, e não simplesmente o fato de que não coincidindo ponto por ponto em suas expectativas, eles não possam coordenar nenhum tipo de relação social?”<sup>71</sup>

E conforme explica Juan Antonio Garcia Amado,

<sup>66</sup> AMADO, op., cit., p. 302.

<sup>67</sup> ROCHA; KIMG; SCHWARTZ, op. cit., p. 21. O ambiente é formado pelo conjunto de subsistemas externos ao sistema estudado. Produz ruídos a partir das comunicações que promoverão o acoplamento estrutural com o subsistema estudado.

<sup>68</sup> AMADO, op. cit., p. 302. De acordo com o mesmo autor, contingente “é aquilo que não é nem necessário nem impossível, senão meramente possível.” Ibidem, p. 301.

<sup>69</sup> LUHMANN, 2011, op. cit., p. 316.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 318.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 318-319.

No momento em que dois indivíduos entram em contato nesse marco, cada um receberá essa contingência, tanto referida a si mesmo como ao outro. De nada servirá que o Ego trate de orientar seu comportamento em relação ao comportamento previsível do Alter, e o Alter pretenda o próprio respeito do Ego. E menos ainda se pode possuir expectativas acerca das expectativas do outro. Não se dá mais coincidência que a de poder esperar unicamente o inesperado. Enquanto não haja aparecido nenhum princípio de ordem não existe pauta de previsibilidade do comportamento próprio nem alheio, nada é previsível onde tudo é possível; não há expectativas; não há comunicação. Apenas a desordem segue da desordem não rompida.<sup>72</sup>

No estágio inicial, por assim dizer, existe apenas uma infinidade de possibilidades e muita complexidade. Contudo, a partir do momento em que um dos indivíduos faz uma escolha, dá ao outro uma possibilidade de conduta, podendo este optar entre duas possibilidades: “ater-se ou não à mesma seleção, à mesma pauta.” Assim, “ter-se-á produzido uma primeira estruturação do horizonte do possível, que o torna pela primeira vez acessível em um código binário: aceitar ou não aceitar a seleção.” Contudo, “qualquer que seja a resposta, esta há de operar, por sua vez, como seleção a partir da qual a outra parte poderá conectar com idêntico código. Algo terá surgido indubitavelmente: comunicação, *order from noise*.”<sup>73</sup> Pode-se dizer, então, que a dupla contingência induz comunicação.

Essa comunicação toma a forma de uma lógica binária dentro do sistema autopoietico. Em outros termos: os sistemas operam reduzido as informações, a partir de uma comunicação binária, dentro e fora do sistema. No Direito, opera-se a partir do código Direito/não Direito (ou legal/não legal).<sup>74</sup>

<sup>72</sup> AMADO, op. cit., p. 301.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 303. Niklas Luhmaan salienta que “A comunicação desencadeia uma sequência que coloca o outro em situação de aceitação, ou rejeição. Assim, alter determina seu comportamento numa situação ainda pouco clara, e sob a forma de demonstração: começa, por exemplo, com um olhar amável, um gesto, um obséquio, e espera ver como o ego aceita a definição proposta pela situação. Como base nesse início, qualquer passo seguinte constitui uma ação que reduz a circularidade da dupla contingência, e é determinante para verificar se cabe aceitar, ou rejeitar, a proposta. Assim, em lugar de pressupor uma estrutura de valores para regular a ordem social, será o fator da estrutura do tempo que a desencadeará. A ordem social acontece quando alguém faz uma proposta, ou efetua uma ação, que submetem os outros a uma situação de reação: aceitar ou recusar a proposta. A assimetria existente na base desse modelo é, portanto, temporal, e não de caráter hierárquico. [...] o modelo da dupla contingência está construída sobre a base de uma autorreferência circular: eu falo o que você quiser, se você fizer o que eu quero. Quem romperá o círculo puro dessa referência? A resposta é: o tempo, ou o que agir, primeiramente; o mais rápido. Assim, o temporal desencadeia uma sequência que determinará a história de sins e não, no sistema.” LUHMANN, 2011, op. cit., p. 320-321.

<sup>74</sup> “[...] para o sistema jurídico importam somente as comunicações, e todas as comunicações, que versem sobre legalidade/ilegalidade, pelo que se julgará, por exemplo, o estabelecimento de uma central nuclear ou a realização de um aborto sem atender a seus significados para a política, a economia, a psicologia individual, a ciência, etc., ‘salvo na medida em que algum destes aspectos haja sido elevado pelo próprio sistema jurídico a condicionante do juízo de legalidade ou

A comunicação é, por consequência, o elemento constitutivo da sociedade, já que, segundo Juan Antonio Garcia Amado:

Sem comunicação não existiria sociedade, pois a comunicação é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução da complexidade e superação da dupla contingência. 'Comunicação – esclarece Luhmann – é processamento de seleções', e é, a seu turno, um 'acontecer seletivo.' Com efeito, apenas mediante comunicação pode se estabelecer comunicação; não é possível comunicar sem participar do sistema comunicativo. Isto implica que a sociedade, enquanto composta de comunicações, se articula como sistema fechado. Quer isto dizer, por uma parte, que o sistema social mesmo constitui seus próprios elementos, ou seja, que produz comunicação a partir de comunicação. Por outra parte, graças precisamente a esse seu operar fechado sobre si mesmo, o sistema social decanta perante aos outros sistemas, estabelecendo seus próprios limites (*Grenzen*). Ali onde existe comunicação há sociedade; onde não se opera mediante comunicação não existe sistema social.<sup>75</sup>

Assim, “mediante comunicação a sociedade limita aquela complexidade indeterminada e não-manipulável, e configura o campo de possibilidades que podem ser realizadas na sociedade.”<sup>76</sup>

Importante destacar, ainda, que a lógica binária tem implicação direta na conferência de sentido, que é o meio que os sistemas utilizam para construir seus limites. O sentido, assim, se constitui em um critério seletivo que permite distinguir “qual comunicação pertence ao sistema e qual fica fora dele.”<sup>77</sup> Melhor explicando,

---

ilegalidade.” AMADO, op. cit., p. 309, nota 27. Leonel Severo Rocha destaca que no caso do Direito, o sistema opera a partir do código: Direito/não Direito. Diz Luhmann literalmente: 'Lo que se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo.' ROCHA; KIMG; SCHWARTZ, op. cit., p. 20-21. Niklas Luhmann, por sua vez, especificamente em relação ao código binário, no sistema do direito, explica que *“todo aquello que entre dentro de la esfera de la relevancia jurídica puede ser legal o ilegal. Todo aquello que no encaje dentro de este código sólo tendrá relevancia jurídica si resulta importante como cuestión preliminar e las decisiones sobre la justicia y la injusticia.”* E de acordo com Luhmann o código binário cumpre uma função dupla: *“La primera función del código ayuda a que el sistema se diferencie para la tarea específica del Derecho. Estimula el problema de la defraudación de expectativas al establecer que, bien la expectativa bien la conducta que defrauda la expectativa, dará lugar a una valoración del Derecho. Sin embargo, la codificación sirve, al mismo tiempo, al continuo proceso del sistema de comprobar su consistencia; esto es, de actualizar su memoria. [...] la segunda función sirve a la reproducción autopoietica del sistema – la clausura del complejo de reproducción del sistema – haciendo posible examinar todo procesamiento de expectativas normativas en términos de la cuestión central: si el procesamiento es compatible con procesamientos previos. [...]”* E, assim, continua, uma vez assegurada a dupla função, e com ela a autopoiese do Direito, *“el sistema puede desarrollar procesos reflexivos y, en última instancia, una autorreflexión.”* LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.) **Teoría de Sistemas Y Derecho Penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada, 2005. p. 74.

<sup>75</sup> AMADO, op. cit., p. 304.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 306.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 308.



“os limites ou contornos dos sistemas sociais são limites de sentido (*sinngrenzen*). Os sistemas não existem antes que existam seus limites frente ao meio, constituídos pelo sentido. Isto faz com que o sentido possua um caráter constitutivo do sistema: sem sentido não há limites frente ao meio, e sem limites não há sistemas.”<sup>78</sup>

De acordo com Juan Antonio Garcia Amado:

Por sentido se entende unicamente uma determinada “estratégia de seleção de elementos ou possibilidades, a partir de um meio mais complexo, e as *Sinngrenzen* ou limites de sentido – são os apoios desta seleção (*Selektionshilfen*), na medida em que estabilizam uma diferença entre o que integra o sistema e o que fica fora dele, mediante um simples esquema binário em termos de pertence/não pertence (neste caso: pertence ao meio).<sup>79</sup>

Em resumo, as comunicações compõem os sistemas, sendo que é o sentido que delimitará o que pertence ou não aos sistemas. Ademais, é o sentido que

<sup>78</sup> Ibidem, p. 309. Em relação aos limites do sistema do Direito, Luhmann salienta. “[...] los límites del sistema son definidos por el propio sistema jurídico con la ayuda de una referencia recursiva de sus operaciones a los resultados de (o propuestas de) las operaciones del mismo sistema. En este sentido, toda comunicación que realiza una afirmación jurídica o plantea una defensa frente a dicha afirmación es una operación interna del sistema jurídico, incluso si se produce como consecuencia de una disputa entre vecinos, un accidente de tráfico, una acción policial o cualquier otro suceso. Resulta suficiente con que se le asigne a la comunicación un lugar dentro del sistema, lo cual ya ha sucedido gracias al uso del código legal / ilegal. Evidentemente, el Derecho también puede observarse desde fuera, por ejemplo, e las noticias de prensa.” E mais à frente, esclarece: “Los límites del sistema son un buen sitio para estudiar el efecto <<filtro>> del sistema jurídico. Así, se ve claramente, por ejemplo, cuán difícil puede ser, en el seno de las relaciones vitales (matrimonios, relaciones laborales, relaciones vecinales), recurrir al Derecho con la intención de dar prevalencia a las opiniones que uno tenga. La rigidez del código binario aclara las razones de esta dificultad: la afirmación de que la posición que uno tiene es la legal se encuentra vinculado a considerar que la contraria es la ilegal.” LUHMANN, 2005b, op. cit., p. 75-76.

<sup>79</sup> AMADO, op. cit., p. 311. Para o autor, “esse sentido é mutável, contingente e contínuo. Mutável no que concerne à sucessão temporal de seus conteúdos, ou, o que significa o mesmo, em relação às configurações evolutivas dos sistemas: ‘cada comunicação leva em consideração a diferença com o meio e colabora para a manutenção ou para a modificação de seu limite de sentido (exemplo com cada decisão dentro do sistema jurídico se confirmam ou se modificam os critérios de inclusão ou exclusão de elementos do sistema). Contingente, no que concerne à preeminência das possibilidades selecionadas em cada momento em razão desse sentido. Estas possibilidades se destacam frente ao horizonte de possibilidades que permanecem relegadas, mas que não desaparecem como tais possibilidades e são suscetíveis de passar a primeiro plano e integrar a constituição do sentido em qualquer momento. (exemplo: os marcos delimitadores do sistema jurídico não possuem maior justificação que sua vigência perante outros marcos possíveis; o sentido, e com ele os limites dos sistemas frente ao meio, se mantém, ainda quando possam mudar esses marcos). E contínuo, visto que subsiste devido a uma dinâmica de permanente atualização, de ‘uma contínua reformulação da diferença entre realidade e possibilidade’, razão pela qual representa uma ‘atualização continuada de possibilidades’ (laufendes Aktualisieren von Möglichkeiten).” AMADO, op. cit., p. 310-311.

constitui a comunicação, visto que “não há comunicação à margem de um sentido: não há comunicação fora de algum sistema social.”<sup>80</sup>

É por meio do sentido, portanto, e da lógica binária a ele inerente, que se estruturam os sistemas, proporcionando-se. “[...] o passo de complexidade não estruturada para complexidade estruturada’, reduzida, manejável.”<sup>81</sup> A estrutura, assim, ajuda a tornar previsíveis “as comunicações que se sigam de cada comunicação dentro do sistema,” chegando-se à conclusão de que “as estruturas sociais se compõem de expectativas, são estruturas de expectativas.”<sup>82</sup>

Conforme explica Juan Antonio Garcia Amado

Ali onde se há limitado a margem do possível, onde se há reduzido a complexidade, aparece o esperável. Somente assim podem estabilizar-se os sistemas e cumprir sua função: cada partícipe sabe o que se espera dele e o que se pode esperar dos demais, mas, na medida em que se trata de coordenar comportamentos, as expectativas devem ser comuns e compartilhadas, de forma que os indivíduos sejam intercambiáveis frente ao sistema: deve haver também expectativas de expectativas [...] e não apenas expectativas de condutas, já que só assim se solucionará o problema da dupla contingência: não somente se espera uma conduta de si mesmo ou de outro, mas também se espera por cada parte que seja o mesmo critério diretor das expectativas das duas (ou n) partes. Expectativas estavelmente compartilhadas são expectativas esperáveis. Essa é a estabilidade do sistema. E o consequente entrelaçamento de expectativas é a estrutura do sistema, de cada sistema social.<sup>83</sup>

E as expectativas devem ser generalizadas, como, por exemplo, no sistema jurídico<sup>84</sup>. Este

[...] não poderia existir como tal se a aplicação de seus programas não pudesse ocorrer com caráter de generalidade, senão que terminaria por modificar-se ao gosto dos sujeitos e humores das massas. Como o próprio Luhmann resumia em uma obra já antiga, a formação de estruturas se leva a cabo por meio da generalização de expectativas, as quais, portanto, vem a ser válidas para largos períodos, quanto ao temporal, para distintas situações, quanto ao objetivo, e para um amplo número de pessoas, quanto ao social.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Ibidem, p. 311.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 312.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 312.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>84</sup> HABERMAS explica que “a teoria sistêmica do direito pode ser caracterizada sistematicamente através de três estratégias conceituais: (a) Em primeiro lugar, a qualidade deontológica das normas do direito é redefinida, para se tornar acessível a uma análise puramente funcional. (b) A seguir, a teoria positivista do direito é traduzida para o modelo de um sistema jurídico diferenciado, funcional e inteiramente autônomo. (c) Finalmente, a legitimidade é explicada em termos da legalidade como um auto-engano estabilizados do sistema, obtido forçadamente através do código jurídico e coberto pelo próprio sistema jurídico.” HABERMAS, op. cit., p. 223.

<sup>85</sup> AMADO, op. cit., p. 313.

Aliás, especificamente em relação ao Direito, Niklas Luhmann explica que o mesmo processa as expectativas normativas capazes de se manter a si mesmas em situações de conflito, de maneira que nenhum outro sistema pode fazê-lo.<sup>86</sup> Para ele, é evidente que o Direito não pode garantir que essas expectativas não sejam desapontadas, contudo, pode garantir que elas se mantenham como expectativas, inclusive nos casos de desapontamento. Assim, explica, a normatividade não é outra coisa que a estabilidade contrafática.<sup>87</sup> Em outras palavras, a expectativa normativa é contrafática, porque ela se mantém a despeito do desapontamento. Sendo assim, ela permanece no tempo, sendo que a estratégia da normatização é estratégia temporal.

O Direito, para o autor, então,

[...] não é de modo algum primariamente, uma ordem coativa, mas sim uma facilitação de expectativas. A facilitação consiste na disponibilidade de trilhas de expectativas generalizadas congruentemente, quer dizer, de indiferença altamente inofensiva em contraposição a outras possibilidades, que diminui consideravelmente o risco de expectativa contrafática. A situação coativa constitutiva para o direito é a coação para a seleção de expectativas, que, por sua vez, então, pode motivar poucos, porém importantes casos, o forçar de determinada conduta. A necessidade de segurança, que caracteriza o direito, se relaciona, em primeiro lugar, com a segurança das próprias expectativas, e apenas secundariamente com a segurança do cumprimento destas expectativas através do comportamento esperado.<sup>88</sup>

Em suma, a estabilização de expectativas é fundamental para uma efetividade na redução de complexidade. E, no Direito, essa redução é feita por meio de regras (mas também pode ser feita por meio dos precedentes, como se verá no

<sup>86</sup> “Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamento, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride.” LUHMANN, 1983, op. cit., p. 56.

<sup>87</sup> LUHMANN, 2005b, op. cit., p. 73. Baseado em Luhmann, Habermas salienta que “o papel das normas consiste em colocar as expectativas numa linha de permanência e imuniza-las contra decepções, pagando o preço de uma deficiência cognitiva. Sob esta descrição empírica, as expectativas normativas aparecem como expectativas cognitivas dogmatizadas, imunes à aprendizagem. E uma vez que a recusa a uma adaptação ou aprendizagem é repleta de riscos, as expectativas normativas têm que respaldar-se numa autoridade especial e ser asseguradas através da institucionalização estatal e da ameaça de sanções, ou seja, têm que ser transformadas em direito. Quanto mais complexas as sociedades se tornam, tanto mais o sistema jurídico sobre pressão para se transformar. Pois eles tem que adaptar-se rapidamente a ambientes modificados.” HABERMAS, op. cit., p. 223.

<sup>88</sup> LUHMANN, 2005a, op. cit., p. 135.

último capítulo), que determinam alternativas e estabilizam expectativas.<sup>89</sup>

A partir do que até aqui foi dito, pode-se dizer que a grande questão do sistema é a sua organização, de forma que o processo de ordenação precisa de critérios próprios de auto-observação e de auto-organização.

Assim, explica Leonel Severo Rocha

se o sistema consegue se autorreproduzir com certa independência, isto é, se ele consegue se fechar operacionalmente, existe, então, um sistema autopoietico. Ou seja, sistemas autopoieticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autorreproduzem a partir de um código e de uma programação própria. Conforme Luhmann, 'la garantía de la clausura de las operaciones al sistema y, con ello, la garantía de la clausura operativa del sistema, requiere de un código único como esquemático binario que excluya otras codificaciones y otros valores (terceros, cuartos, quintos) del código.' Essa, em grandes linhas, é uma idéia de autopoiese<sup>90</sup>.

Retomando a questão da redução de complexidade, a partir dos novos elementos expostos até este momento, pode-se afirmar que no Direito<sup>91</sup>, como sociedade complexa, busca-se uma estrutura social válida e, por consequência, legítima. Assim, importa encontrar uma possibilidade válida em meio às outras possibilidades. Por conseguinte, o Direito "aparece como uma redução de complexidade, dentro das diversas possibilidades que existem no mundo do ser", discutindo-se não a verdade, mas a validade e a tomada de decisão.<sup>92</sup>

A esta altura mostra-se necessário enfrentar um outro ponto da teoria de Luhmann, que é o tema do *encerramento operativo/autopoiesis*.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> "[...] as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência a medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do 'dever ser' expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do 'dever ser'." LUHMANN, 1983, op. cit., p. 57. Jaqueline Mileke Silva destaca que "A função do Direito é reduzir complexidade por meio da construção da sociedade, fornecendo os valores fundamentais para o questionamento." SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência**: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 306.

<sup>90</sup> ROCHA; KIM; SCHWARTZ, op. cit., p. 20-21

<sup>91</sup> Para Luhmann, "Só se puede concebir al Derecho como um sistema si se toma en cuenta el hecho de que este sistema es um subsistema de la sociedad y que también existen otros subsistemas." LUHMANN, 2005b, op. cit., p. 71.

<sup>92</sup> ROCHA; KIM; SCHWARTZ, op. cit., p. 23. A este respeito, HABERMAS esclarece que LUHMANN estabelece o direito "ao lado de outros sistemas, como um sistema parcial funcionalmente especificado que se reproduz a si próprio, operando de modo auto-referencial, isto é, que só elabora informações exteriores na medida do próprio código.", sendo função do direito estabilizar as expectativas de comportamento generalizadas. HABERMAS, op. cit., p. 224.

<sup>93</sup> Marilene Araújo afirma que "Luhmann utiliza o conceito de autopoiese para explicar como os sistemas sociais, todos autopoieticos, geram seus próprios elementos, através de operações internas, ou seja, em clausura operacional, sem depender do seu entorno. No sentido de usa operacionalidade, o sistema autopoietico é um sistema fechado, 'dobrado' sobre si mesmo. Mas

Encerramento operativo, elucida Luhmann, “estabelece que a diferença sistema/meio só se realiza e é possível pelo sistema.” É o “sistema que estabelece seus próprios limites, mediante operações exclusivas, devendo-se unicamente a isso que ele possa ser observado.” De acordo com o autor, “o sistema produz um tipo de operação exclusiva:

Por exemplo, um ser vivo que reproduz a vida que o mantém vivo, enquanto pode permanecer com vida; ou um sistema social que produz a diferença entre comunicação e meio, no momento em que realiza processos de comunicação – ou seja, em que a comunicação desenvolve uma lógica própria de conexão da comunicação seguinte, e que inventa sua própria memória, separando-se (diferenciando-se), assim, do especificamente vivo.<sup>94</sup>

Portanto, arremata Niklas Luhmann, “[...] um sistema não pode operar no meio; as operações não podem ser reproduzidas no meio, pois, desse modo, a diferença sistema/meio ficaria solapada.”<sup>95</sup>

Luhmann adverte, entretanto, que encerramento operativo não implica “isolamento termodinâmico, mas somente fechamento operacional.”<sup>96</sup>

Indo adiante, “o axioma do *encerramento operativo* leva aos dois pontos mais discutidos na atual Teoria dos Sistemas a) auto-organização; b) autopoiesis.” Luhmann explica que esses dois conceitos devem se manter separados, de maneira clara. Conforme acentua, cada um deles evidencia “aspectos específicos do *encerramento de operação*.” Para o sociólogo alemão,

---

todo sistema social é, ao mesmo tempo, aberto em relação ao seu ambiente (entorno) e outros sistemas. Não existe ambiente sem sistemas, nem sistemas sem ambiente.” ARAÚJO, op. cit., p. 432.

<sup>94</sup> LUHMANN, 2011, op. cit., p. 102. Para Luhmann, “O *encerramento operativo* traz como consequência que o sistema dependa de sua própria organização. As estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo; por exemplo, a linguagem pode ser transformada somente mediante comunicações, e não imediatamente, com foto ou fresas, ou com radiações espaciais, ou em virtude de desempenhos perceptivos da consciência do indivíduo. O *encerramento operativo* faz com que o sistema se torne altamente compatível com a desordem do meio, ou mais precisamente com meios ordenados fragmentariamente, em pedaços pequenos, em sistemas variados, mas sem formar uma unidade. Pode-se dizer que a evolução leva necessariamente ao encerramento dos sistemas, o qual, por sua vez, contribui para que se instaure um tipo de ordem geral em relação ao qual se confirma a eficácia do encerramento operativo.” Ibidem, p. 111.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 103. Citando Luhmann, Habermas destaca que “o sistema jurídico consegue seu fechamento operativo, pois está codificado através da diferença entre direito (*Recht*) e não-direito (*Unrecht*) e não há nenhum outro sistema operando com este código. Através dessa codificação bipolar do sistema jurídico, nasce a certeza de que quando se está no direito, está-se no direito e não no não-direito.” HABERMAS, op. cit., p. 229.

Os dois têm como base um princípio teórico sustentado na diferença e um mesmo princípio de operação. Ou seja: o sistema só pode dispor de suas próprias operações; ou em outras palavras, dentro do sistema não existe outra coisa senão sua própria operação. Esta operação única consegue configurar dois acontecimentos fundamentais, dentro do sistema: auto-organização e autopoiesis.<sup>97</sup>

E continuando a diferenciação, define auto-organização como “construção de estruturas próprias dentro do sistema. Como os sistemas estão enclausurados em sua operação, eles não podem conter estruturas. Eles mesmos devem construí-las.” E, para melhor compreensão, cita o seguinte exemplo:

[...] numa conversa, o que se disse por último é o ponto de apoio para dizer o que se deve continuar dizendo; assim como o que se percebe no último momento constitui o ponto de partida para o discernimento de outras percepções. A presença corporal em um espaço específico é o eixo fundamental para capturar a normalidade da continuidade da percepção. Portanto, o conceito de auto-organização deverá ser entendido, primeiramente, como produção de estruturas próprias, mediante operações específicas.<sup>98</sup>

Contrariamente, *autopoiesis* significa. “[...] determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou.” E somente por meio de uma estruturação limitante, um sistema adquire a suficiente *direção interna* que torna possível a autorreprodução.”<sup>99</sup>

Nessa conjuntura, de acordo com Luhmann, entende-se por sistema autopoietico um sistema.”[...] que <<produce y reproduce sus propios elementos mediante la interacción de sus elementos>>.”<sup>100</sup>

Ou, de acordo com Juan Antonio Garcia Amado – também baseado na teoria de Luhmann,

sistemas auto-referenciais ou autopoieticos são aqueles que ‘produzem por si mesmos como unidade tudo aquilo que usam como unidade.’ Produzem seus elementos mediante seus próprios elementos, e, a partir daí, produzem também tudo o que identifica o próprio sistema como unidade: suas operações, processos estruturas, inclusive sua identidade como sistema.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> LUHMANN, 2011, op. cit., p. 112.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>100</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social, op. cit., p. 70, nota 2. Autopoiesis é a capacidade que o sistema tem de autocriação e autorreprodução. “Assim há uma rede de produção de componentes que se produz a partir de seus próprios componentes.” ARAÚJO, op. cit., p. 435.

<sup>101</sup> AMADO, op. cit., p. 314. E o mesmo autor continua sua explicação afirmando que “a reprodução autopoietica dos sistemas não é, portanto repetição idêntica do mesmo, senão recriação constante de novos elementos ligados aos anteriores. A cada comunicação em um sistema não segue uma

Importante destacar que um sistema é autopoietico, ou não o é (conforme o esquema: ou isto/ou aquilo). Um sistema não pode ser um-pouco-autopoietico. [...] Isso significa [...] que o conceito não inclui por si mesmo um processo de gradação.<sup>102</sup>

Juan Antonio Garcia Amado também salienta que a autorreferência ou autopoiesis do sistema numa. “[...] auto-constituição continuada do próprio sistema, através de suas próprias operações, que faz com que toda operação com o meio seja uma operação dentro do sistema, uma operação do sistema consigo mesmo, uma determinação de novos elementos próprios a partir de seus próprios elementos.” E continua, dizendo que “não haveria referência externa sem autorreferência.” Como exemplo, cita o fato de que “a juridicidade de um ato somente pode estabelecer-se dentro do sistema jurídico com base nos atos jurídicos anteriores, nos elementos prévios deste sistema: uma vez assentada tal juridicidade, esse ato será um novo elemento do sistema, condicionante da juridicidade dos atos seguintes que lhe sejam submetidos.”<sup>103</sup> Logo,

A clausura auto-referencial dos sistemas é a “forma de estender os contatos possíveis com o meio.” A pura auto-referência é impossível. Cada sistema somente pode existir e se reproduzir em um meio; como poderia existir o sistema jurídico se não houvessem atos exteriores ao mesmo, a serem submetidos ao juízo de juridicidade/antijuridicidade? Logo, “clausura autopoietica não significa isolamento”, e a autonomia do sistema não significa sua independência total em relação ao meio exterior, senão a autorregulação pelo próprio sistema de suas dependências e independências em relação a esse meio: é o sistema jurídico mesmo o que determina quais componentes e circunstâncias de um comportamento individual são relevantes e quais indiferentes no momento de qualifica-lo, por exemplo, como delito.<sup>104</sup>

---

comunicação idêntica, senão uma nova comunicação, que enlaça com os códigos comunicativos do sistema, com seu sentido, códigos sempre co-determinados pelas comunicações anteriores ocorridas dentro dele. Um sistema com uma única ou repetida comunicação seria um sistema sem sentido: não seria um sistema; não seria suficientemente completo para dar sentido a essa comunicação, que não chegaria a pertencer-lhe; não reduziria a complexidade. Desta forma, todas as operações do sistema são, ao mesmo tempo (auto)reprodução do sistema. E, segundo Luhmann, esta ‘clausura autopoietica’ do sistema constitui sua unidade. Os sistemas como unidade não são um conteúdo, nem uma estrutura, nem uma configuração estável de elementos: tudo isto é mutável, contingente. A unidade do sistema é seu modo de reprodução. Sua autonomia é a autonomia de sua reprodução recursiva. O sistema jurídico, por exemplo, como tal não é nem a totalidade dos atos jurídicos acontecidos, nem das expectativas vigentes, nem um conjunto de normas, nem uma hierarquia formal: é o modo como o direito se pode criar unicamente a partir do próprio direito.” Ibidem, p. 315.

<sup>102</sup> LUHMANN, 2011, op., cit., p. 126.

<sup>103</sup> AMADO, op. cit., p. 316.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 316.

Mas se o sistema jurídico é autorreferencial, autopoietico – “já que constrói seus elementos a partir de seus elementos, e todas suas operações, processos, e sua identidade mesma, se assentam sobre esses elementos”<sup>105</sup> – surge o problema de “solucionar a tautologia ou o paradoxo inscrito em sua circularidade.” Com efeito, “um sistema que se limite a proclamar que é legal aquilo que é legal, o que direito é aquilo que o direito estabeleça como tal, não serve ainda de respaldo para nenhum tipo de expectativas comportamentais concretas.”<sup>106</sup>

E o problema se resolve

mediante a presença simultânea do código próprio do sistema e dos programas. O código jurídico/antijurídico dá ao sistema sua clausura operativa, pois nenhum outro sistema trabalha com ele. Ao mesmo tempo, introduz aos dois pólos de uma diferença, com o que se produz uma primeira limitação da contingência: sempre o que se oponha ao antijurídico será jurídico, e vice-versa. Mas para diminuir a designação dos valores desse código aos dados exteriores a ele, os programas decisórios são necessários. Todo o direito positivo é “programa”, as normas não são nada além de programas. Por assim estar “programado” em uma norma, o matrimônio monógamo é legal e a bigamia ilegal. O direito não entende de outras razões.<sup>107</sup>

Diz-se, assim, que os sistemas são fechados autopoieticamente (no caso do direito, fechado normativamente) e abertos cognitivamente (de forma que o recebimento de informações está relacionado à reciclagem do sistema)<sup>108</sup>, pois

<sup>105</sup> Ibidem, p. 334.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 334-335.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 335. Quanto a essa situação, afigura-se importante destacar a observação de HABERMAS, ao afirmar que “O sistema jurídico pode ser autônomo na medida em que se autorregula reflexivamente e se delimita em relação à política e à moral. Ora, ao seguir este caminho, Luhmann é reconduzido à questão weberiana acerca da racionalidade do direito que se julgara ultrapassada. Pois, para poder determinar, ao menos analiticamente, a autonomia do sistema jurídico, ele tem que apresentar o princípio estruturador que permite, por exemplo, fazer uma distinção entre o direito e o poder, entre o direito e o dinheiro. Noutras palavras, Luhmann necessita de um equivalente para a racionalidade que habita na forma jurídica. A princípio, ele seguiu Weber e Fortsthoft, considerando constitutiva para o direito em geral a forma de leis abstratas e gerais, isto é, a forma de programas jurídicos condicionais. Porém, hoje em dia, Luhmann não pode mais depreciar o direito material e reflexivo como se fossem desvios. Por isso, ele faz uma distinção nítida entre código do direito e programas jurídicos: a autonomia do sistema jurídico depende apenas da manutenção de um código jurídico diferenciado. Para ele, esse código permite a distinção entre direito e não-direito.” HABERMAS, op. cit., p. 226-227.

<sup>108</sup> “O sistema é fechado na medida em que seleciona do *Umwelt* [ambiente] os dados para ele relevantes e, ademais, seleciona os critérios diretores desta seleção, seleciona sua própria seletividade: o sistema jurídico não apenas seleciona os comportamentos como legais/ilegais; também estabelece os critérios de tal atribuição de legalidade/ilegalidade. No mais, o sistema é aberto: enquanto que atua a partir das excitações provenientes do meio, e enquanto que para suas seleções toma como desencadeante o acontecer de determinados eventos nesse meio (programação). AMADO, op. cit., p. 318.



É a presença simultânea de código e programas que permite ao sistema ser por sua vez aberto e fechado. É normativamente fechado, porém cognitivamente aberto. Não existem normas jurídicas fora dele, mas seu funcionamento, a reprodução de seus elementos, vincula-se, ademais de aos dados normativos internos (sic), a acontecimentos externos cuja averiguação requer uma atividade cognitiva: o juiz que julga um furto não apenas comprovará que existe uma regra jurídica aplicável que faz do furto um ato ilícito, senão que também terá que comprovar que o furto ocorreu materialmente e nas circunstâncias previstas, i.e., “programadas” nessa norma. O *Code* é insubstituível, é a base da autonomia do sistema e é pré-requisito de todo o programa nesse sistema. Os programas, pelo contrário, são substituíveis uns por outros, podem ser mudados, com respeito aos requisitos (normativos) do próprio sistema, quando as circunstâncias aconselhem. Neste nível da elaboração dos programas, o sistema pode “aprender” e adaptar-se, reagir ante a não-reação<sup>109</sup> de expectativas, perseguir um melhor cumprimento de certos fins, etc.

Nesse contexto, e para suas operações, o sistema, que é autônomo, “pratica antes de tudo e sempre a *autorreferência*, remetendo-se a si próprio, para manter sua *autopoiese*. E pratica também a *hetero-referência*, que consiste em observar outros sistemas, com os quais pode realizar *acoplamentos estruturais*, como ocorre entre o sistema jurídico e o sistema político, ou entre o sistema político e o sistema econômico.”<sup>110</sup>

Acerca do acoplamento estrutural, Luhmann explica que “ao transferir seu centro de gravidade para o conceito de *autopoiesis*, a Teoria dos Sistemas defronta-se com o problema de como estão reguladas as relações entre sistema e meio; uma vez que, principalmente na estratégia teórica, a distinção sistema/meio faz referência ao fato de que o sistema já contém a forma meio.” Em outras palavras, ressalta, “nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo. Em todo processo evolutivo, a autopoiesis do sistema se reproduz e pode sobreviver a reprodução divergente oferecida pelas estruturas.” Assim, “é fácil entender que o meio desempenha um papel muito importante nisso; sem contar que carece de sentido perguntar o que é mais importante, sistema ou meio, já que é precisamente *esta* diferença que torna possível o sistema.”<sup>111</sup>

Para o autor, “isso significa que as transformações das estruturas, que só podem ser efetuadas dentro do sistema (de modo autopoietico), não se produzem

<sup>109</sup> Ibidem, p. 335-336.

<sup>110</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 437.

<sup>111</sup> LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistema, op., cit., p. 128. O conceito de acoplamento estrutural, mais uma vez, deriva de Maturana. “Maturana utiliza o conceito de acoplamento estrutural para designar a relação entre sistema e meio; Luhmann, em contrapartida, modifica o conceito, com a finalidade de expressar a inter-relação entre diferentes sistemas autopoieticos, consequentemente, autônomos.” LUHMANN, 2011, op., cit., p. 128, nota 1.

ao bel-prazer do sistema, mas devem se afirmar em um meio que o próprio sistema não pode perscrutar totalmente, e não pode, afinal, incluir em si mesmo, através do planejamento.” Diante disso, pergunta-se: “como o sistema entra em relação com o meio, e quais instrumentos conceituais são necessários para apreender esta relação?”<sup>112</sup>

Luhmann determina que “o conceito de *acoplamento estrutural* especifica que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de manter o patrimônio de autopoiesis de um sistema. O meio só pode influir casualmente em um sistema no plano da destruição, e não’ no sentido da determinação de seus estados internos.” Por linha de consequência, “As causalidades que podem ser observadas na relação entre sistema e meio situam-se exclusivamente no plano dos acoplamentos estruturais – o que significa dizer que estes devem ser compatíveis com a autonomia do sistema.” Tal tipo de conceituação, elucidada, reafirma o “... significado preciso do conceito de autopoiesis: um sistema não pode ser mais ou menos autônomo, e mais ou menos autopoietico. Os acoplamentos estruturais podem admitir uma diversidade muito grande de formas, desde que sejam compatíveis com a autopoiesis. A ênfase reside, portanto, nessa compatibilidade.”<sup>113</sup>

Para desenvolver o conceito de acoplamento estrutural, Luhmann baseia-se em Maturana, que distingue esse “fenômeno” em dois planos: “o da autopoiesis, no qual se dá a conservação do sistema; e o do *acoplamento* entre sistema e meio, referido exclusivamente às estruturas, e aquilo que, no meio, possa ser relevante para as estruturas.” Portanto, o acoplamento estrutural determina “que dados existentes no meio possam definir, conforme as próprias estruturas, o que acontece no sistema.”<sup>114</sup>

Conforme Niklas Luhmann, “o conceito de acoplamento, assim como o de forma, mostra dois lados: a) o acoplamento não está ajustado à totalidade do meio, mas somente a uma parte escolhida de maneira altamente seletiva; consequentemente, b) apenas um recorte efetuado no meio está acoplado estruturalmente ao sistema, e muito fica de fora, influenciando de forma destrutiva no sistema.”<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> Ibidem, p. 128-129.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 131.

Sua explicação avança, destacando que: “No plano dos acoplamentos estruturais, há possibilidades armazenadas (ruídos) no meio, que podem ser transformados pelos sistemas; portanto, mediante o *acoplamento estrutural*, o sistema desenvolve, por um lado, um campo de *indiferença* e, por outro, faz com que haja uma canalização de causalidade que produz efeitos que são aproveitados pelo sistema.”<sup>116</sup>

Não se pode perder de vista, assim, que o acoplamento estrutural é compatível com autopoiesis, “e que, por conseguinte, *há possibilidades de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis*.” Ou, de modo inverso: “a linha de demarcação que divide o meio, entre aquilo que estimula ao sistema e aquilo que não o estimula – e que se realiza mediante o acoplamento estrutural – tende a reduzir as relações relevantes entre sistema e meio a um âmbito estreito de influência. Apenas desse modo um sistema pode transformar as irritações em causalidade.”<sup>117</sup>

Pode-se dizer, então, que “o sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos.” Em conclusão

o sistema reage apenas quando pode processar informações e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação do meio ao sistema. Trata-se sempre de uma construção própria do sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio. É possível dizer, então, que a seleção de acontecimentos ocorridos no meio – e capazes de produzir efeitos no sistema – é condição de possibilidade para que o sistema, com esse espectro tão seletivamente depurado, possa empreender algo. Ou, falando de maneira abstrata: a redução de complexidade é condição para o aumento de complexidade.<sup>118</sup>

Luhman coloca em destaque que o acoplamento estrutural tem se tornado possível mediante a linguagem, e tal sorte que, quando assim realizado, “[...] evidencia como esta exclui uma infinidade de possibilidades de percepção e absorve somente umas poucas, resultando, com isso, que ele próprio possa ser complexo.”<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Ibidem, p. 131-132.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 134.

Numa espécie de resumo intermediário, poder-se-ia especificar que o conceito de *acoplamento estrutural* aponta, com elevada capacidade de delimitação, que se trata de um pequeno espectro de seleção de efeitos possíveis sobre o sistema; levando, por um lado, a que no sistema se realize um ganho muito alto de complexidade e, por outro, que as possibilidades de influenciar o sistema, a partir do meio, sejam drasticamente reduzidas, a não ser que se trate de efeitos de destruição: a destruição é sempre possível. Consequentemente, pode-se concluir que a evolução, quando mais constrói e necessita de condições para os acoplamentos estruturais – com o objetivo de que os sistemas se acoplem ao meio – mais desenvolve, exatamente por isso, um potencial de destruição. A comunicação, por exemplo, depende de muitas condições ecológicas; contudo, nenhuma delas pode influenciar o processo comunicacional – a não ser que se tratasse de um processo de destruição – pelo fato de que a comunicação só pode ser modificada através do reduzido canal da consciência.<sup>120</sup>

E, ao significar a afirmação de que o acoplamento estrutural deve ser compatível com a autopoiese, Luhmann reitera que “não há determinação das estruturas de fora do meio.”<sup>121</sup>

Os acoplamentos estruturais não determinam os estados do sistema, mas sua função consiste, isso sim, em abastecer de uma permanente irritação (perturbação, para Maturana) o sistema; ou então, do ponto de vista do sistema, trata-se da constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante os acoplamentos estruturais.<sup>122</sup>

O inconveniente de utilizar o conceito de *perturbação* na sociologia, alerta Luhmann, “consiste em que sua semântica se refere à antiga Teoria dos Sistemas em equilíbrio.” Entretanto, “houve o desenvolvimentos teóricos que consideraram o equilíbrio preferencialmente de forma dinâmica, no sentido de que o sistema não teria de aspirar voltar ao equilíbrio anterior, mas sim, à criação de um novo estado de equilíbrio.”<sup>123</sup>

De qualquer modo, no modelo do equilíbrio, a metáfora leva quase inevitavelmente a entender o balanço como condição de estabilidade; determinando, assim, que o sentido de nivelção pretenda descrever sistemas estáveis, ou então, buscar o equilíbrio mediante a manutenção do patrimônio estrutural do sistema (funcionalismo estrutural)<sup>124</sup>

<sup>120</sup> LUHMANN, 2011, op., cit., p. 136.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 136-137.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 137.

Concluídas as observações acerca da sociologia compreensiva de Weber, e da teoria sistêmica de Luhmann, ao menos naquilo que se reputava essencial para dar as diretrizes necessárias à investigação, passa-se ao próximo capítulo, no qual serão tratadas as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

### 3 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS GERAIS

#### 3.1 TRAÇOS CARACTERÍSTICOS E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados conferem ao juiz um poder criativo<sup>125</sup>, outorgando-lhe a possibilidade de construir o Direito - ainda que, em princípio, para um específico caso concreto – e cuja solução encontrada e erigida em conjunto com as partes, poderá ser usada como parâmetro na resolução de casos semelhantes<sup>126</sup>.

E esse poder criativo dos juízes, que de certa forma complementa a função do Poder Legislativo<sup>127</sup>, decorre do fato de que, sendo a realidade infinitamente mais rica do que a imaginação dos legisladores, existe a necessidade de criação de regras cuja estrutura, oriunda de uma técnica legislativa mais flexível, permita a regulação, no plano empírico, de uma realidade de difícil ou impossível apreensão plena.

Destaque-se que a modificação da forma de redigir as leis, com a presença de conceitos vagos<sup>128</sup> nos textos legislativos, justifica-se, na medida em que aumenta a complexidade social. Esse fator impossibilita que os códigos cumpram a

---

<sup>125</sup> Conforme lembra Michele Taruffo, *“Che il giudice disponga di un ampio <<potere creativo>> nel l’esercizio della sua funzione decisória è ormai un luogo comune generalmente riconosciuto come vero, e ripetuto in una quantità di scritti in matéria di interpretazione del diritto.”* TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LV.1. mar/2011. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 11.

<sup>126</sup> Ao menos é o que se procurará defender no presente trabalho, sustentando-se a necessidade de adoção dos precedentes vinculantes, visando ao tratamento igualitário entre os jurisdicionados para situações que não estão expressamente tipificadas em lei e que, por isso, poderiam gerar tratamento diferenciado, com soluções díspares, resultando em falta de previsibilidade e segurança jurídica.

<sup>127</sup> Conforme explica Eduardo Cambi, *“os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si (art. 2º da CF), o que significa que cada uma das funções específicas (legislar, de aplicar a lei de ofício e de julgar), embora sejam autônomas, se completam e se limitam mutuamente.”* CAMBI, Eduardo. *Crítério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autoconcentração e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et all. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 153-165. p. 154.

<sup>128</sup> Especificamente para os fins deste trabalho, por mera praticidade, quando for utilizada a expressão conceitos vagos, nela estarão subentendidas as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

sua função de regular, por si sós, a diversidade da vida em sociedade.<sup>129</sup> Assim, além do surgimento de outras fontes reguladoras – como os microssistemas formados por leis especiais, não codificadas – a redação das leis de forma mais aberta e, por isso mesmo, não casuística, busca permitir, de forma operativamente eficaz, que o intérprete complemente o texto legal, dando sentido à norma que irá regular as especificidades do caso concreto.<sup>130</sup>

E, como a lei editada a partir desta nova técnica legislativa é genérica em sua essência, o intérprete necessita buscar dentro de todo o sistema jurídico (tendo a Constituição como guia), e mesmo fora dele, os elementos necessários, num determinado tempo e espaço, para encontrar a resposta necessária à solução das demandas judiciais.<sup>131</sup>

Mas quais são os traços característicos e no que se diferem os conceitos vagos?

De acordo com Judith Martins Costa, as cláusulas gerais são uma técnica legislativa<sup>132</sup> própria da segunda metade do século passado, quando a casuística<sup>133</sup>, modo de legislar próprio do movimento codificatório, começou a perder espaço.

<sup>129</sup> Consoante com esse posicionamento, Judith Martins Costa afirma: “No universo craquelé da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isto não significa que nenhum modelo de código possa regular as relações jurídicas da vida privada.” COSTA, Judith Martins. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6486592/O-Direito-Privado-Como-Um-Sistema-Em-Construcao-Artigo-de-Judith-Martins-Costa#>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

<sup>130</sup> Nesse sentido, conferir LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão Geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância?. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et all. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 166-180, p. 175.

<sup>131</sup> Conforme advertem José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, “a interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo, porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçãoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais.” MEDIDA, José Miguel; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et all. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 373-389. p. 375.

<sup>132</sup> Ao transcorrer sobre o perfil das cláusulas gerais, Judith Martins Costa esclarece que “através do sintagma ‘cláusula geral’ costuma-se designar tanto determinada técnica legislativa em si mesma não-homogênea quanto certas normas jurídicas, devendo, nessa segunda acepção, ser entendida pela expressão ‘cláusula geral’ as normas que contêm uma cláusula geral. É ainda possível aludir, mediante o mesmo sintagma, às normas produzidas por uma cláusula geral.” COSTA, 2013, op. cit., p. 286.

Para essa estudiosa, esta técnica de legislar possui a grande vantagem de conferir mobilidade ao sistema, em decorrência da intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, bem como em razão da mínima utilização do princípio da tipicidade.<sup>134</sup>

Judith Martins Costa, elucida, ainda, que “[...] tanto como nas cláusulas gerais, nos conceitos jurídicos indeterminados também se poderá ver, como traços característicos, alto grau de vagueza semântica e o reenvio a *standards* valorativos extra-sistemáticos.”<sup>135</sup>

A distinção entre as duas, segundo explica, se dá no plano funcional:

[...] a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade da subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema.<sup>136</sup>

Em sentido bastante similar, Daniel Mitidiero, distinguindo as normas que contêm cláusulas gerais das que possuem conceitos jurídicos indeterminados, destaca que a característica destas é que seu pressuposto de incidência constitui um termo indeterminado, mas sua consequência é determinada.

São espécies normativas, explica, em que “no suporte fático, há previsão de termos indeterminados, e há consequências jurídicas legalmente previstas.”<sup>137</sup> Ressalta, assim, que “o problema que surge em juízo [...] diz respeito à caracterização do termo indeterminado. É necessário primeiro precisar o termo

<sup>133</sup> Nas palavras da autora, “o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado --- que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, como na célebre dicção voltaireana --- foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como kanon abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana.” COSTA, 2013, op. cit.

<sup>134</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 298.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 325.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 327.

<sup>137</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial, p. 130. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 125-142.



indeterminado para que depois a norma possa ser aplicada por subsunção.”<sup>138</sup> Já as cláusulas gerais, conforme minudencia o autor, trazem uma dupla indeterminação, uma vez que tanto o pressuposto de incidência quanto a consequência também são indeterminados: “são espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas na própria proposição legal”<sup>139</sup>. Por consequência, duplo também é o problema em juízo:

precisar o que significa o termo indeterminado empregado pelo legislador e delinear quais as consequências jurídicas da incidência da norma. É preciso dar concreção ao termo indeterminado utilizado pelo legislador para normatizar o problema levado ao processo e delinear as consequências jurídicas que devem ser imputadas aos destinatários da norma.<sup>140</sup>

Fabiano Menke, ao tratar dos traços característicos das cláusulas gerais, esclarece que “não se cuida de norma pronta e acabada, mas sim de norma que demanda precisão, construção, por parte do intérprete.”<sup>141</sup> Além disso, salienta, “jamais haverá cláusula geral implícita, uma vez que se trata de técnica legislativa.” Citando Sudabeh Kamanabrou, reforça que “as cláusulas gerais se caracterizam por consistir em normas que contenham no mínimo um conceito carecedor de preenchimento valorativo (wertausfüllungbedürftiger Brgriff).”<sup>142</sup>

E mais,

Promovem sempre um reenvio a outros espaços do próprio ordenamento jurídico ou até mesmo a valores existentes dentro ou fora do sistema. Isso em razão de sua abertura, que faz que o intérprete seja obrigado a buscar auxílio em outras fontes axiológicas para fundamentar a sua linha argumentativa. [...] As cláusulas gerais seriam um recipiente de captação (Auffangbecken) da variação da realidade.<sup>143</sup>

No que tange aos conceitos jurídicos indeterminados, o autor em questão os divide em duas espécies: os referentes a valores e os concernentes a realidades fáticas.

Para ele,

---

<sup>138</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>141</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de direito do consumidor**, , ano 13, v. 50, abr./jun. 2004. p. 14.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 15.

Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois também apresentam vagueza semântica e reenvio a *standards*. Para alguns, a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado referente a valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as consequências, quais os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo. Na cláusula geral isso não ocorre, a operação intelectual do juiz é mais complexa e vai mais longe, pois é ele quem determina os efeitos, as consequências práticas.<sup>144</sup>

Por sua vez, Paulo Renato Gonzalez Nardeli, ao buscar a diferenciação entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, também chega a uma conclusão parecida, afirmando que

Comumente, a definição, alcance e aplicabilidade das expressões "Cláusulas gerais" e "Conceitos jurídicos indeterminados" são confundidas no meio jurídico. No entanto, tais institutos têm significado diverso e posição diversamente delimitada no estudo do Direito, principalmente se considerada a finalidade e aplicabilidade de ambos na hermenêutica jurídica. O texto que ora se desenvolve tem, portanto, o condão de esclarecer as principais diferenças entre as duas expressões. Primeiramente, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, com certa margem de liberdade, uma vez que são formulações de caráter significativamente genérico e abstrato, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo próprio julgador no processo de hermenêutica; autorizado que está, para assim agir, em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral. Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados, no que se refere à finalidade e à eficácia, pois os conceitos jurídicos indeterminados, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao julgador, tão somente, aplicar referida solução. Por outro lado, as cláusulas gerais, ao contrário do que se disse com relação aos conceitos jurídicos indeterminados, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.<sup>145</sup>

A partir de um outro ponto de vista, Teresa Arruda Alvim Wambier aponta as diferenças entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, explicando que

Um conceito vago, indeterminado ou aberto é considerado, em si mesmo, uma técnica extremamente operativa, porque capacita o juiz a tomar sua decisão mais rente aos casos concretos, bem como proporciona uma

<sup>144</sup> Ibidem, , p. 15.

<sup>145</sup> NARDELI, Paulo Renato Gonzalez. **Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados**. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5580/1/Clausulas-Gerais-E-Conceitos-Juridicos-Indeterminados-analise-Comparativa-Breve/pagina1.html#ixzz12RqmS1qC>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

duração maior ao texto da lei. [...] Cláusulas gerais, por sua vez, consistem num fenômeno mais complexo do que um mero conceito vago, embora ambos pertençam à mesma família. [...] Cláusulas gerais desempenham papel de vetor interpretativo de outras normas. [...]. As cláusulas gerais como que criam uma ponte entre as palavras da lei e o sentido mais amplo de justiça, que existe na comunidade.<sup>146</sup>

Em um texto escrito em conjunto com José Miguel Garcia Medina e Luiz Rodrigues Wambier, a autora também afirma que os termos indeterminados são aqueles que carecem de limites precisos, deixando de traçar uma linha clara para delimitar a realidade em que estão relacionados. Nas suas próprias palavras, “não costumam ser vagas ou indeterminadas as denominações de figuras geométricas, os numerais, as denominações com nomes próprios, etc.” Faz, ainda, um importante esclarecimento, ao afirmar a existência de graus de indeterminação, e considerando vagos ou indeterminados, juridicamente, conceitos que têm um grau maior de indeterminação, como *fumus boni juris*, *periculum in mora* e verossimilhança, dentre outros.<sup>147</sup>

Sem fazer uma diferenciação entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, Ricardo Luis Lorezetti afirma que as características dessa linguagem normativa são que:

- não se trata de um princípio jurídico, ainda que muitas cláusulas gerais, como a boa-fé, sejam utilizadas também como princípios;
- é uma norma jurídica que estabelece um critério para uma multiplicidade de situações fáticas, ou seja, que não é concreta, mas abstrata;
- essa generalidade permite adaptar o critério para a dois tipos de mudanças:
  - históricas (adaptação diacrônica), já que, por exemplo, a boa-fé e a normal tolerância do século XX não são iguais às do século XXI;
  - valorativas (adaptação sincrônica): em um mesmo tempo histórico há diferenças de interpretação, sobretudo em sociedades pluralistas. Permite diferentes concepções e não inclina por uma – o conceito legal de boa-fé não é só o dos cristãos ou o dos ateus, posto que o legislador se detém na expressão “boa-fé” e não avança nas definições ulteriores, o que lhe dá o caráter indeterminado;
- daí porque a cláusula é geral, ao permitir que em um caso concreto o juiz recepcione diferentes interpretações da regra de conduta. O enorme espaço que se abre para o intérprete com a lei ambígua e o conceito aberto gera o que descrevemos como “materialização” dos critérios de justiça. Já não se aplica uma lei a um suporte fático concreto (justiça formal), senão que se deve valorar, e para isso são utilizados critérios de todo tipo: paradigmas, subjetividade, noções que se aprendem em outras ciências.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **REPRO**, ano 34, n. 172, jun./2009, p. 121-174. p.139-140.

<sup>147</sup> MEDIDA; WAMBIER; WAMBIER, op. cit., p. 376.

<sup>148</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de Direito. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: 2010. p. 173.

E, mais à frente, complementa: “o conteúdo das cláusulas gerais pode ser determinado por princípios, como ocorre com a boa fé, cujo conteúdo pode ser estabelecido pela igualdade e pela solidariedade.”<sup>149</sup>

Consoante com as ideias citadas, o autor também salienta que cláusula geral “é um conceito linguisticamente indeterminado, e que sua indeterminação se refere ao plano dos valores e dos costumes.” Essas cláusulas encontram-se limitadas por princípios gerais, mas que se completam. E assim o é, explica, na medida em que a generalidade se refere ao que chama de “aspectos distintos”, já que “o jogo dos princípios jurídicos de categoria constitucional aporta à determinação de valores necessários para preencher de conteúdo a cláusula geral, em conformidade com um critério normativo.”<sup>150</sup>

Tendo em conta todas essas considerações, pode-se dizer que os conceitos jurídicos indeterminados estão previamente estabelecidos em Lei, isto é, estão inseridos no texto normativo<sup>151</sup>, e carecem de preenchimento. Contudo, as consequências para o descumprimento da regra que o contém já foram previamente fixadas pelo legislador. São como molduras préestabelecidas, dentro das quais o juiz insere, como se fora uma pintura, as peculiaridades fáticas do caso concreto. Como exemplo pode-se citar o instituto da antecipação dos efeitos da tutela com base em abuso do direito de defesa. É no caso concreto que o juiz terá que verificar qual

<sup>149</sup> Ibidem, p. 179. Aliás, a conferência de conteúdo às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados, tendo como referência o próprio sistema jurídico (sobretudo a constituição), encontra amparo na teoria sistêmica de LUHMANN, e especificamente na ideia de autopoiese: “somente a partir do direito se produz direito, e todo o direito pode ser modificado desta forma, pois a única coisa que não se admite é que se modifique todo o direito de uma vez.” AMADO, op. cit., p. 3337. Para maiores esclarecimentos sobre a teoria sistêmica, conferir capítulo 1, item 1.3.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 180.

<sup>151</sup> Para os fins deste trabalho adotar-se-á como sinônimas as expressões texto normativo e regra, diferenciando-os de norma. Partilha-se, aqui, portanto, do pensamento de FRIEDRICH MÜLLER, no sentido da não identidade da norma e do texto de norma. De acordo com MÜLLER, “por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado, a normatividade, pertence à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Também o ‘conteúdo’ de uma prescrição jurídica, i.é., os impulsos de ordenamento, regulamentação e critério de aferição que dela partem (porque publicados, veiculados, transmitidos, aceitos e observados), não estão substancialmente ‘presentes’ no seu teor literal. Esse conteúdo também pode ser formulado apenas sem linguagem pelo teor literal, pode ser ‘representado’ apenas pelo modo peculiar à linguagem.” MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed., trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38

conduta do réu, dentro do contexto dos autos, enquadra-se como abuso do direito de defesa, cujas consequências estão préestabelecidas em Lei.<sup>152</sup>

Por outro lado, as cláusulas gerais são muito mais amplas, no sentido de possuir um grau de indeterminação significativamente maior. Ao aplicar e concretizar a norma para o caso concreto, *o intérprete deverá construir também as consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários*,<sup>153</sup> *erigindo, assim, não apenas a pintura, mas a própria moldura que melhor se adeque à realidade.*

Nesse sentido, por exemplo, a técnica adotada pelo legislador no art. 461 do CPC, buscando a efetiva proteção e realização da tutela específica, a qual foi pautada numa redação aberta, possibilitando não apenas uma maior mobilidade e atualização do texto normativo, como também a construção, caso a caso, do “remédio” processual mais adequado à efetiva tutela jurisdicional do direito em discussão.

Por tudo que se viu, pode-se afirmar que a adoção da técnica legislativa que utiliza conceitos vagos é imprescindível, tendo em conta o desastre que pode resultar de uma ordem legal, *“quando suas próprias regras e estrutura interna são consideradas completas e autossuficientes, quando se destrói sua própria capacidade de atender novas necessidades e desenvolver valores morais na sociedade à qual serve.”*<sup>154</sup>

À guisa de reforço, podem ser citados os comentários feitos por NELSON NERY JUNIOR, por ocasião da entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro, mas em tudo aplicáveis à realidade processual:

<sup>152</sup> Conforme explicam Teresa Arruda Alvim, José Miguel Garcia Medida e Luiz Rodrigues Wambier, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, ao longo do tempo, pode fazer com que diminuam o seu grau de indeterminação, ou deixem de ser vago. Segundo os autores, trata-se de um processo de maturação. MEDIDA; WAMBIER; WAMBIER, op. cit., p. 376.

<sup>153</sup> Nesse sentido, MITIDIERO, 2012, op. cit., p. 130. Também importa, a esse respeito, diferenciando cláusulas gerais de conceitos jurídicos indeterminados, o pensamento de Judith Martins Costa. Referida autora aponta o que chama de distinção fundamental: *“as normas cujo grau de vagueza é mínimo, implicam que ao juiz seja dado tão somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, ao completar a fattispecie e ao determinar ou graduar as consequências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral (38).”* COSTA, 2013, op. cit.

<sup>154</sup> “[...] if one were needed, of the disaster that will come to a legal order when its own rules and internal structure come to be viewed as complete and self-sufficient, when it destroys its own capacity to respond to new needs and developing moral values in the society it serves.” DAWSON, John P. The general clauses, viewed from a distance. *Privatrecht*. ano. 41, n. 3, p. 441-455, 1997. p. 442.

Em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas conseqüências, formando uma espécie de sistema fechado. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo. [...] <sup>155</sup>

Em outras palavras: a adoção pelo legislador dos chamados conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, como técnica legislativa, além de tornar mais plausível uma maior efetividade do processo como verdadeiro instrumento de realização dos direitos – e, por conseguinte, uma forma legítima de efetivação do já mencionado direito à tutela jurisdicional tempestiva e adequada <sup>156</sup> – torna possível uma abertura do sistema processual, com a introjeção de outros valores (inter e extra-sistemáticos), como se verá no próximo item.

### 3.2 DO CÓDIGO BUZAID AO PROJETO DO NOVO CPC: ABERTURA DO SISTEMA

Conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni,

Na época do Estado liberal clássico, vigorava no processo civil o princípio da tipicidade das formas processuais. Tratava-se, nas palavras de Giuseppe Chiovenda, de uma garantia de liberdade das partes contra a possibilidade de arbítrio do juiz. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Deste modo, garantia-se ao litigante que o juiz não ultrapassaria os limites das formas processuais, inclusive dos meios executivos tipificados na lei. De maneira que havia nítida relação entre a lei, a liberdade e a contenção do poder judicial. <sup>157</sup>

<sup>155</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 188, nota 5. Referindo-se às cláusulas gerais, Judith Martins Costa salienta: “*Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.*” COSTA, 2013, op. cit.

<sup>156</sup> A propósito de uma tutela jurídica adequada e tempestiva, mostra-se relevante a observação feita por Jaqueline Mielke Silva: “... na sociedade globalizada, o *Direito Processual Civil* não pode conviver com procedimentos que demandem longa duração, devendo se adaptar as condições atuais da sociedade, observando princípios éticos e morais. Estes é o principal desafio do *Direito Processual Civil contemporâneo*.” SILVA, 2009, p. 307.

<sup>157</sup> MARINONI. Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil Law* e de *common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito** –

Nesse contexto, a técnica legislativa adotada na instituição do *Código Buzaid* foi inspirada em valores liberais de natureza individual (a exemplo do que ocorreu na França), tais como a tipicidade das formas processuais e a casuística<sup>158</sup>.

Essa técnica apresenta uma concepção instrumental centrada num rigor excessivamente formal, voltada para a implementação de um sistema de codificação exaustivo e pretensamente fechado<sup>159</sup>. Em outras palavras: propugnou-se pela implantação de um sistema que fosse autossuficiente e isento de lacunas. Um sistema infalível, em que, dada determinada situação fática prevista abstratamente no ordenamento jurídico, haveria a automática incidência da regra<sup>160</sup>.

Pode-se entender melhor essa lógica a partir do pensamento de Pontes de Miranda. Segundo esse autor, os sistemas jurídicos são sistemas lógicos formados essencialmente pelas regras jurídicas. Regras Jurídicas, por sua vez, seriam proposições que se referem a determinados fatos ou situações da vida, visando regular a vida em sociedade. São proposições abstratas.

De acordo com o autor, as regras preveem que essas determinadas situações ocorrem e incidem sobre elas, marcando-as, colorindo-as: “Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’. Algo como a plancha da impressão, incidindo sobre fatos que se passam

---

UFPR, Curitiba, n. 49, 2009. p. 51.

<sup>158</sup> “A técnica casuística é utilizada quando, para a estruturação da norma, estabelecem-se, na medida do possível, critérios para a qualificação dos fatos normados. Norma de tal espécie não exigem maior esforço do juiz, permitindo a aplicação por meio de subsunção. MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em: <[http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/148909/O\\_Precedente\\_na\\_Dimensao\\_d\\_a\\_Igualdade](http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/148909/O_Precedente_na_Dimensao_d_a_Igualdade)>. Acesso em: 04 fev. 2013. Ainda, Judith Martis Costa, a partir do pensamento de Karl Engisch, afirma que “a técnica de legislar mediante cláusulas gerais opõe-se à casuística, entendida esta como ‘a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria’.” E continua a autora: “a noção de ‘casuística’, para Engisch, é completada em outra obra, na qual afirma: ‘a casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma concreção específica, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais.’” COSTA, 2000, op. cit., p. 296-297.

<sup>159</sup> Conforme explica Habermas, “As grandes codificações do século XVIII tornaram o direito em vigor acessível através de textos: e os princípios normativos contidos nos livros de códigos passaram a indicar as normas que deviam valer. Ou seja, eles formaram a base do exercício do direito. E a doutrina jurídica desenvolveu um esforço para interpretar o direito vigente à luz desses princípios.” HABERMAS, op. cit., p. 123.

<sup>160</sup> Acerca da diferenciação entre regra e norma, ver nota 151, supra.

no mundo, posto que os classifique segundo discriminações conceptuais.”<sup>161</sup>

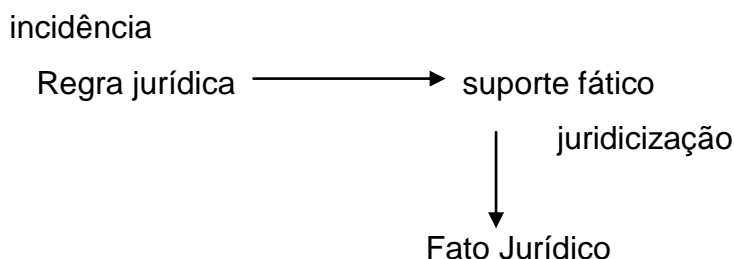
Mas sobre o que as regras incidem? Sobre os fatos da vida. A esses fatos, abstratamente previstos por uma regra jurídica, Pontes de Miranda dá o nome de suporte fático.

Assim, em princípio, o suporte fático pertence ao mundo dos fatos, e não ao mundo jurídico. O mundo jurídico seria uma parcela da realidade, formado por fatos jurídicos, aos quais se atribuem determinadas consequências – decorrentes de uma política/opção legislativa –, sendo originados da incidência da regra jurídica sobre um suporte fático.

É a regra jurídica, pois, segundo Pontes de Miranda, que determina o que entra no mundo jurídico, e aquilo que, por exclusão, não pertence ao mundo jurídico. Assim, tudo o que está no mundo jurídico está no mundo dos fatos, mas nem tudo que está no mundo dos fatos está no mundo jurídico.

Fatos Jurídicos, em consequência, são o resultado da incidência da regra jurídica sobre o seu suporte fático.

Objetivamente, pode-se retratar o pensamento do autor deste modo:



Em síntese, portanto, o que se infere do pensamento de Pontes de Miranda, é que, realizado o suporte fático previsto pela regra jurídica, tem-se, de maneira infalível, a incidência desta regra, transformando um simples fato do mundo dos fatos em um fato jurídico.

Esse modelo - fortemente influenciado pelos valores do liberalismo (como visto acima), e que povoava o imaginário do legislador do Código de Processo civil – marcado pela rigidez e imutabilidade, e *pela mera subsunção*, mostrou-se insuficiente com o passar do tempo, sobretudo diante de situações mais complexas, e com o surgimento do Estado Constitucional<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo I, p. 6.

<sup>162</sup> Para Daniel Mitidiero, “*O Estado Constitucional constitui Estado de Direito e Estado Democrático*”,



Nesse sentido, mais uma vez, são precisas as lições de Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar que:

Porém, o passar do tempo mostrou a necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. Esta necessidade levou o legislador não só a criar uma série de institutos dependentes do preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em “abuso de direito de defesa” (art. 273, II, CPC) – admitindo o seu uso na generalidade dos casos, mas também a fixar normas processuais abertas, como o (sic) do art. 461 do Código de Processo Civil, que permite a construção do modelo processual adequado à natureza da tutela específica almejada.<sup>163</sup>

Essa nova técnica legislativa – até então muito mais difundida entre os doutrinadores do direito material e nele próprio, do que no direito adjetivo – também foi adotada no Projeto do Novo Código de Processo Civil, conforme destacam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero

O projeto fala no direito à obtenção de solução integral da lide, inclusive a atividade satisfativa, em “prazo razoável” (art. 4º). Fala na interpretação da legislação em conformidade com os “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, devendo ser interpretada com “razoabilidade” (art. 6º). Impõe a todos que participam do processo a atuação com “lealdade e boa-fé” (art. 66, II). Reputa litigante de má-fé aquele que “proceder de modo temerário” ou “provocar incidentes manifestamente infundados” (art. 69, V e VI). Refere que o juiz poderá determinar “as medidas que considerar adequadas” quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 278). Condiciona o direito à tutela de urgência à demonstração de “risco de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 283). Possibilita a utilização de todas as “medidas necessárias” para a efetivação da tutela específica ou da tutela que leve ao resultado prático equivalente envolvendo as situações substanciais que se especificam em fazer, não fazer e entregar coisa (arts. 502 e 504, parágrafo único). Veda a alienação do bem penhorado por “preço vil” (art. 809). Possibilita o conhecimento de recurso especial ou de recurso extraordinário tempestivo inadmissível por defeito formal que não se repute “grave”, desde que a decisão da questão de mérito contribua para o “aperfeiçoamento do sistema jurídico” do ponto de vista individual ou de casos repetitivos (art. 944, § 2º).

---

sendo que o primeiro “*está alicerçado na igualdade, na segurança e na confiança*”, ao passo que o segundo esta baseado “*na liberdade e na participação*.” E, mais à frente, o autor expõe que “*o Poder Judiciário no Estado Constitucional só pode ser concebido como um Poder que está submetido à Constituição, e à legislação nela fundada (submetido, portanto, ao direito), tem como compromisso proporcionar segurança jurídica ao jurisdicionado, proteger a confiança legítima nele depositada e que deve prestar tutela jurisdicional de forma adequada, efetiva e tempestiva aos direitos*.” MITIDIERO, Daniel. Por uma Reforma da Justiça no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**, ano 36, v. 199, set. 2011. p. 86-87.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 51

Repete o requisito constitucional da admissibilidade do recurso extraordinário, asseverando-o cabível tão-somente quando houver “repercussão geral” da questão constitucional nele versada (art. 950). São exemplos de normas principiológicas, de postulados normativos aplicativos, de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais empregados no Projeto.<sup>164</sup>

Aparentemente, a adoção desses textos normativos redigidos com simples instituição de finalidades, nos quais não se apontam expressamente as condutas que devem ser adotadas para as suas respectivas promoções<sup>165</sup>, possibilita uma maior aproximação do direito processual com o direito material, tornando mais viável uma tutela dos direitos de maneira adequada, tempestiva e efetiva, e permitindo a efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.<sup>166</sup>

Com efeito, se diante das várias situações de conflito que podem ocorrer, é impossível ao legislador tipificar todas as ferramentas processuais necessárias à proteção do direito material e se essas situações conflituosas necessitam de proteção por meio de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, é imprescindível que o juiz tenha poderes para construir (se for o caso) e aplicar a técnica processual adequada, a partir das diretrizes ou dos indicativos presentes numa legislação mais aberta, própria da técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.<sup>167</sup>

<sup>164</sup> MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 53. Em razão do recorte do teórico feito na presente dissertação, optou-se por não tratar de princípios e postulados normativos.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>166</sup> E essa aproximação se evidencia, na medida em que o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material incide sobre o juiz, “[...] especialmente em razão das normas processuais abertas, que dão à parte o poder de estruturar o procedimento segundo as necessidades do direito material e do caso concreto. Ou seja, a legitimidade da jurisdição, inclusive para que lhe seja possível tutelar os direitos, exige a compreensão de que o processo deve se mostrar apto à tutela do direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. **Revista Jurídica**, ano 54, n. 347, set. 2006. p. 14. Ademais, como o mesmo autor salienta, quando se trata da aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, “a concretização da norma deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, preencher os conceitos jurídicos indeterminados ou individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito material. É interessante notar que, nessas hipóteses, o próprio legislador reconhece a sua impotência para regular todas as situações concretas e, igualmente, o seu dever de permitir a realização de um direito fundamental, no caso, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5, XXXV, CF).” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. p. 87.

<sup>167</sup> Em sentido similar, porém referindo-se à ideia de que a tipificação legal não é a melhor solução para a prestação jurisdicional, Luiz Guilherme Marinoni ressalta que “a possibilidade da concessão da tutela antecipatória nessas hipóteses parte da premissa de que a efetividade da tutela

Em comparação com a técnica da casuística, peculiar do Código Buzaid, os tipos de regras jurídicas inseridas no Projeto de Código de Processo Civil, obtidas por meio da nova técnica legislativa, permitem ao intérprete e especialmente ao juiz, que no momento da aplicação do direito e na formulação da norma jurídica ao caso concreto, incorpore não apenas princípios, diretrizes e máximas de conduta integrantes do sistema jurídico (mas originariamente próprios de outras áreas do Direito)<sup>168</sup>, mas também e, sobretudo, de elementos originalmente exteriores ao *corpus* codificado, resultando assim, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, na constante (re)formulação de novas normas.<sup>169</sup> Em outros termos, fica a critério do julgador realizar o trabalho de alfaiate, encontrando a solução que melhor vista (*rectius*, regule) o caso concreto.

O conjunto da abertura e indeterminação das cláusulas gerais, assim, “permite um intercâmbio entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais”, sendo que “essa circunstância é particularmente clara quando observamos que no direito se introduzem questões relativas à informática, à ética, à bioética ou à economia.”<sup>170</sup>

Consoante a essas ideias, pode-se acrescentar, a partir de Judith Martins Costa, que

[...] do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.<sup>171</sup>

---

*jurisdicional depende da consideração de todas essas situações, as quais obviamente não podem ser pensadas em abstrato, mas apenas em face das situações conflitivas concretas. [...] Note-se, contudo, que essas previsões legais são apenas indicativos de que o juiz não pode deixar de ter o poder para aplicar a técnica processual adequada, pois, se fosse aceitável a tese de que a tarefa do juiz está subordinada à expressa previsão de meio executivo, a legislação processual poderia negar-lhe as ferramentas necessárias para o cumprimento do seu dever e para o respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.”* MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. p. 178.

<sup>168</sup> Conforme explica Judith Martins Costa, as cláusulas abertas e os conceitos jurídicos indeterminados “*viabilizam a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais.*” Segundo a autora, “*É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, estas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos.*” COSTA, 2013, op. cit.

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> LORENZETTI, op. cit., p. 173-174.

<sup>171</sup> COSTA, 2000, op. cit., p. 303.

Em outras palavras, a tessitura "aberta", "fluida" ou "vaga", utilizada nos textos legais, dirigida ao juiz, outorga-lhe um mandato, ou o poder, para criar, complementar ou desenvolver as normas jurídicas do caso concreto, inclusive mediante a adoção de elementos cuja concretização pode estar fora do sistema jurídico.<sup>172</sup>

A citada linguagem aberta, inerente às cláusulas gerais, e mesmo aos conceitos jurídicos indeterminados, cria avenidas, que permitem o tráfego, para dentro do sistema, de novas ideias, incluindo novas formas de valores.<sup>173</sup> E ficam a cargo dos juízes, que passam a ter um papel central e decisivo no manuseio desse novo ferramental técnico jurídico, em conjunto com as partes, a concretização e aplicação dos mandatos imperativos e abertos contidos nas regras.

Utilizando-se de outra analogia, pode-se dizer que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são como janelas que permitem um constante arejar do sistema jurídico, renovando os ares do ambiente e evitando o bolor, próprio dos ambientes (leia-se sistemas) fechados.

Aliás, à luz do que foi dito no primeiro capítulo, pode-se mesmo afirmar, com base em Luhmann, que o sistema jurídico é um sistema autopoietico e autorreferente, que se reproduz a partir de si mesmo<sup>174</sup>, sendo normativamente fechado<sup>175</sup>. Contudo, em vez de ser sempre o mesmo, há “poros” (que nesse caso são justamente as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) - que o tornam cognitivamente aberto – permitindo a entrada de “ruídos externos” (acoplamento estrutural<sup>176</sup>), vindos do ambiente<sup>177</sup>, e possibilitando um aprendizado

<sup>172</sup> COSTA, 2013, op. cit.

<sup>173</sup> Nesse sentido cf. DAWSON, op. cit., p. 450.

<sup>174</sup> “Se o sistema consegue se autorreproduzir com certa independência, isto é, se ele consegue se fechar operacionalmente, existe, então, um sistema autopoietico. Ou seja, sistemas autopoieticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autorreproduzirem a partir de um código e de uma programação própria. Conforme Luhmann, ‘la garantía de la clausura de las operaciones al sistema y, con ello, la garantía de la clausura operativa del sistema, requiere de un código único como esquemático binário que exclua outras codificaciones y otros valores (terceros, cuartos, quintos) del código.’ Essa, em grandes linhas, é uma idéia de autopoiese. No caso do Direito, o sistema opera a partir do código: Direito/não Direito. Diz Luhmann literalmente: ‘Lo que se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo.’” ROCHA; KING; SCHWARTZ, op. cit., p. 20-21.

<sup>175</sup> Já que possui elementos a ele inerentes (i.e., ao sistema jurídico), que o distinguem e fazem existir.

<sup>176</sup> Conforme visto no primeiro capítulo, acoplamento estrutural decorre dos ruídos do ambiente que, ao entrarem no sistema, são tratados como dados que em um processo evolutivo causam mudanças.

e constante evolução do sistema, ao deixar que a realidade social nele penetre e com ele interaja.

Por outro lado, conquanto tenham a cláusula geral e os conceitos jurídicos indeterminados a vantagem de criar aberturas no direito legislado à dinamicidade da vida social, possibilitando, como visto, uma maior flexibilidade do sistema, têm, em contrapartida, “a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos”<sup>178</sup>, além de uma série de consequências que precisam ser pensadas, todas relacionadas à segurança jurídica, à previsibilidade e legitimidade, com o intuito de evitar o comprometimento de garantias próprias do Estado Constitucional. Tal é o que se verá no próximo tópico.

### 3.3 TÉCNICA LEGISLATIVA DO NOVO CPC E PERTINÊNCIA COM O ESTADO CONSTITUCIONAL: VANTAGENS E RISCOS POSSÍVEIS

Pode-se dizer que a adoção de cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, como técnica legislativa, é própria do Estado Constitucional, já que a margem de abertura proporcionada ao tecido legislativo, em decorrência dessa nova forma de redigir as leis, possibilita que sejam dadas as respostas necessárias ao jurisdicionado, de maneira mais rápida e efetiva.<sup>179</sup> E assim o é, tanto na concretização de direitos quanto na regulação social de questões que, por sua natureza dinâmica, exigem rápida regulamentação, atualização ou alteração de posicionamento, em sintonia com as necessidades do contexto social,

<sup>177</sup> O ambiente é formado pelo conjunto de subsistemas externos ao sistema estudado. Produz ruídos a partir das comunicações que promoverão o acoplamento estrutural com o subsistema estudado.

<sup>178</sup> DAWSON, op. cit., p. 450.

<sup>179</sup> Acredita-se, inclusive, que outra importante vantagem da técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados é possibilitar uma maior comunicação entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida, tal qual ressaltado por Jaqueline Mielke Silva em seu livro “Tutela de Urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva”, no tópico 2.4: “O *Direito Processual Civil* moderno deve ser o resultado da prática do mundo cotidiano. Ele não pode estar em uma ‘estratosfera’ distante do mundo da vida. De nada adianta o Processo, se ele não é capaz de solucionar os impasses do mundo cotidiano. Neste sentido, a procedimentalização é fundamental para o desenvolvimento da própria sociedade. Todavia, ela apenas tem razão de existir se o seu sentido for a pacificação social.” E, após citar J. J. Calmon de Passos, no sentido de que “O processo de produção do Direito, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e institucionalização de modelos ou esquemas de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos”, acrescenta: “Somente se pode falar em uma real pacificação social, se tivermos um *Direito Processual Civil* adequado à realidade moderna, e não a outros momentos históricos.” SILVA, 2009, p. 319.

espaciotemporalmente considerado.

Há, portanto, nesse matiz, um aspecto sincrônico – no que se refere à facilidade de atuação reguladora no momento presente, sem necessidade de intervenção direta do legislativo – e outro diacrônico - possibilitando, para o futuro, e quando necessária, uma rápida adaptação dos aspectos regulatórios de determinados temas da vida em sociedade – novamente sem intervenção do legislador, mas a partir da atuação do Poder Judiciário.

Como se vê, esta técnica legislativa propicia o estabelecimento de uma “parceria”, por assim dizer, entre o Legislativo e o Judiciário, na medida em que este, por delegação, passa a fazer as escolhas que o legislador não pode ou não quis fazer.<sup>180</sup>

Um outro aspecto de relevância é que esta forma de legislar, mais aberta, aumenta o poder criativo dos juízes, *transferindo para a jurisprudência um papel que antes (no Estado Legislativo), cabia essencialmente (ou mesmo exclusivamente), à Lei*<sup>181</sup>.

Contudo, os fatores sublinhados acima, que se entendem vantajosos ao sistema jurídico, suscitam várias considerações, “[...] concernentes tanto ao controle do emprego destas novas expressões normativas – quer do ponto de vista geral, quer particular – como à maneira pela qual os textos devem ser redigidos a fim de que se permitam constante mobilidade do sistema e sua conseguinte atualização histórico social.”<sup>182</sup>

No que concerne à necessidade de controle do emprego desta nova técnica

<sup>180</sup> Nesse sentido, Nicola Picardi, referindo-se à técnica legislativa “*elastiche*”, “*flexibili*” e “*sfumate*”, afirma que “*si tratta di un complesso di tecniche legislative attraverso le quali si finisce per delegare al giudice scelte che il legislatore non può o non vuole operare.*” PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano LVIII, n. 1, mar.2004. Milano: Giuffrè Editore, 2004. p. 47. Na mesma direção, SÉRGIO CHIARLONI, após falar sobre o poder criativo dos juízes, destaca que “*questa tassonomia aiuta a capire come molto spesso vi sia addirittura un’implicita delega del legislatore al giudice, limitandosi il primo ad indicare le linee guida su cui dovrà muovere la funzione concretizzatrice-creatrice della giurisprudenza.*” CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano LVI, n. 1, mar. 2002, Milano: Giuffrè Editore, 2002. p. 2.

<sup>181</sup> Friedrich Carl Von Savigny, a despeito de sua reconhecida oposição aos códigos, mas, ao sintetizar os seus requisitos, descreveu particular característica da lei, em relação ao papel que esta desempenhava: “*Com relação à condição da própria lei, deve-se procurar o mais alto grau de precisão e, ao mesmo tempo, o mais alto grau de uniformidade na aplicação. Os limites de sua aplicação devem ser definidos e regulados com mais clareza, visto que uma lei nacional geral deve substituir direito consuetudinário variado [...]*” MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 291.

<sup>182</sup> MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 53.

legislativa, há que se ressaltar que o possível aumento da insegurança e a arbitrariedade são riscos que se evidenciam<sup>183</sup> e que merecem ser destacados. Isto porque, uma série de problemas relacionados à discricionariedade<sup>184</sup> e ao subjetivismo no processo de valoração e criação normativa individualizada<sup>185</sup> pode levar a uma possível potencialização da falta de unidade de entendimento e anarquia jurisprudencial – ao menos até que haja uma estabilização mínima das interpretações – juntamente com a falta de isonomia no tratamento de casos semelhantes.

Para além desses fatores, como já afirmado em outra passagem, a abertura existente na redação da regra, sobretudo quando se trata de cláusulas gerais, aumenta o poder de escolha do juiz. Mas esse poder é ilimitado, arbitrário? E se o que é permitido e proibido não está mais expressamente tipificado em lei, de que forma devem se comportar os jurisdicionados, diante da incerteza causada pela falta de indicação precisa da conduta a ser adotada?

Destaque-se que atualmente, mesmo onde permanece o emprego da técnica da casuística, existe uma infinidade de decisões judiciais, em direções opostas, mesmo em situações análogas que deveriam ser tratadas com isonomia à luz da legislação em vigor. O que poderá acontecer, então, com a adoção da técnica inspirada em conceitos abertos? Acredita-se que pode haver um significativo aumento das divergências jurisprudenciais e total falta de unidade de entendimento acerca do que é o direito.

E esse dissenso jurisprudencial, num primeiro olhar, poderia dar a impressão de “riqueza da atividade judicante, frente às diversas situações que a vida produz, permitindo inúmeros enfoques para a análise de um dado problema.” Contudo, uma análise mais acurada leva à conclusão de que “o ordenamento jurídico de um país

<sup>183</sup> Também poderia ser apontado como risco da adoção dessa nova técnica legislativa um possível acréscimo significativo da litigiosidade judicial (com aumento do número de processos e de recursos), em decorrência da potencial disparidade de soluções para casos semelhantes. Com efeito, havendo julgados para “todos os gostos”, estimular-se-ia a demanda, em lugar de uma desejada composição de interesses e pacificação social.

<sup>184</sup> Utiliza-se da expressão discricionariedade, aqui, no mesmo sentido empregado por Michele Tarufo, no texto “Legalità e giustificazione della creazione giuriziativa del diritto”, em que o autor explica, em nota de rodapé, que, no contexto empregado, utiliza a palavra de modo genérico e não técnico, simplesmente para fazer alusão às situações em que o sujeito pode optar, de forma legítima, por uma entre diversas possibilidades alternativas de conduta (ou de juízo), que são admitidas na situação em que o mesmo se encontra. TARUFFO, op. cit., p. 12, nota 3. O mesmo autor, mais à frente, explica que: “[...] *nei passaggi fondamentali della formazione della decisione il giudice dispone di ampi poteri discrezionali, ed é proprio attraverso l'esercizio di questi poteri che egli <<crea>> la decisione finale della controversia.*” Ibidem, p. 13.

<sup>185</sup> Nesse sentido, LORENZETTI, op. cit., p. 174, 179.

deve ser uniforme.”<sup>186</sup>

Indo além, quando essa forma de redigir os textos legais deve ser colocada em prática e quais deveriam ser seus objetivos e suas limitações?

Em conta dessas indagações, também se afiguram dignas de nota as preocupações de John P. Dawson, o qual sustenta que *“Inserir em lugares de destaque num código compreensivo ideias que flutuam a um nível tão alto, é o mesmo que autorizar viagens de descoberta sem destino marcado no mapa.”*<sup>187</sup>

O citado autor, ao analisar criticamente a adoção das cláusulas gerais, pergunta-se:

Como os tribunais adquirem as informações que necessitam? De que modo seu julgamento é superior, quando se trata de avaliar e equilibrar os interesses de um conflito, muitas vezes, múltiplos interesses? Como superam as limitações que fazem parte de casos particulares, quando têm que oferecer explicações que vão além, para situações sobre as quais os juízes tenham pouco conhecimento e talvez nunca tenham imaginado? Tais questões e outras causam ansiedade e preocupação, mesmo em áreas em que as legislaturas optaram por se abster e deixaram a formação da lei nas mãos dos juízes. [...].<sup>188</sup>

Também se pode pensar em outra advertência feita pelo mesmo autor, de que as regras a serem obedecidas devem ser aprovadas e validadas por uma agência governamental *“que é responsiva e responsável, quando se trata das necessidades dos nossos povos, de uma maneira que os tribunais não podem ser.”*<sup>189</sup>

Diante disso, se no Estado de Direito há um compromisso com a democracia, e se os juízes, em alguma medida, passam a desempenhar um papel que antes era exclusivo do legislador, como deve se (re)situar a iniciativa entre os

<sup>186</sup> E Marco Antonio Muscari, nesse mesmo texto, um pouco mais adiante, conclui: *“se num mesmo instante juízos diversos entendem que determinada regra é e não é aplicável a casos substancialmente iguais, conclui-se sem dificuldade que houve a consagração de injustiça neste ou naquele feito.”* MUSCARI, Marco Antonio. **Súmula vinculante**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999. p. 34.

<sup>187</sup> *“To insert in prominent places in a comprehensive code ideas that float at so high a level was to authorize voyages of discovery without destinations marked on any map.”* DAWSON, op. cit., p. 442.

<sup>188</sup> *“How can courts acquire the information they need? In what way is their judgment superior in balancing out and appraising the interests that are in conflict, often multisided conflict? How can they surmount the limitations that are built into the particular case when they give reasons that project beyond – to situations that the judges know not much about and perhaps have not imagined? Questions like these, and others too, cause us anxious and constant concern, even areas where legislatures have chosen to abstain and have left law-making to judges.”* Ibidem, p. 443.

<sup>189</sup> *“This decision was that rules of law binding us all, the rules to which we allegiance, should be approved and validated by an agency of government that is responsive and responsible to the needs and desires of four people in ways that courts cannot be.”* Ibidem, p. 444.



tribunais e as legislaturas? Até que ponto pode ir a “criatividade” dos juízes? Quando os juízes subvertem sua própria autoridade e o respeito pela sua própria função não estariam a arrogar muito poder para si mesmos?<sup>190</sup>

Dawson, a esse respeito, destaca que as cláusulas gerais não criam esses problemas, mas ajudam a dar-lhes destaque, além de se constituírem numa tentação especial aos juízes, tornando-se licenças para eles saírem à caça, em qualquer lugar e trazerem seus troféus para colocar na sala. Ademais, segundo pensa, a concretização de regras de conteúdo aberto pode constituir-se numa busca por valores morais muito elevados e completamente indefinidos, tornando-se uma tentação para os juízes se enganarem, acreditando que, por virtude de seus cargos, tenham uma entrada particular que dá

acesso a um santuário cuidadosamente protegido em um lugar mais elevado, na terra das nuvens. Ao retornarem a um mundo profano, eles continuariam com suas vestes brancas para vestirem durante suas visitas frequentes ao santuário e também reteriam o zelo que se espera dos missionários que usam vestes brancas.<sup>191</sup>

E mais à frente, revela não acreditar que os juízes sejam dotados, por suas regras de ofício, com compreensão superior sobre os problemas morais, parecendo-lhe que para a maioria dessas questões, de alguma importância ou dificuldade, não há respostas que sejam evidentemente certas, mesmo para eles (juízes). Assim, sustenta, uma vez que as respostas são e permanecerão incertas e discutíveis, quaisquer razões dadas pelos juízes que dependam delas, devem ser ainda mais do que normalmente provisórias e revogáveis.<sup>192</sup>

<sup>190</sup> Ibidem, p. 445.

<sup>191</sup> “These issues, as to where the initiative should lie as between courts and legislatures, are extremely troublesome. They continually recur in many different ways in all developed legal systems whose societies are committed to political democracy. At what point does the “creativity” of judges become callous adventurism? When do judges undermine their own authority and respect for their own function by arrogating too much power to them-selves? This can happen anywhere across the far-reaching front of issues which courts must deal. The general clauses, then, do not create these problems, they merely focus attention upon them. But I suggest that these clauses have also offered a special temptation. For in form they were, as I see them, express licenses to judges to go out hunting anywhere and bring back their trophies, to be hung in the living room. More important, their search was described (as I think it almost had to be) as a pursuit of moral values, raised to a very high level and completely undefined. The temptation was for judges to delude themselves, to believe that by virtue of their office they had a private entrance to a carefully guarded sanctuary located in some higher place, in cloud land. On their return to a profane world they would retain white robes that had to be worn during their frequent visits to the sanctuary and would also retain the zeal that one expects in missionaries wearing white robes.” Ibidem, p. 445.

<sup>192</sup> “For I believe that judges are not endowed by their office with superior insight into moral issues.

Todas essas questões levam à reflexão de que, possivelmente, não seja tão saudável ao sistema, ou ao menos imune de consequências – e *em que pese se reconheça a necessidade da técnica legislativa aqui abordada* – que cada juiz, no exercício de seu poder criativo decorrente dos conceitos abertos, tenha a possibilidade de impor no caso concreto suas próprias convicções pessoais, morais e políticas, inclusive para tratar de forma diferente casos análogos, gerando uma jurisprudência incoerente e contraditória.<sup>193</sup>

É preciso, portanto – *diante do risco de que o poder discricionário se degenera no uso arbitrário do poder daquele que o exercita*<sup>194</sup> – pensar numa forma de utilização dos conceitos abertos em consonância com o Estado Constitucional, de maneira a evitar a falta de unidade na interpretação do Direito bem como repentinas mudanças de entendimento, causando surpresas aos jurisdicionados.

Harmônico com a ideia aqui sustentada, Juliano Marcondes Paganini afirma que se está diante de uma tensão relacionada à certeza e à segurança jurídica, já que, se por um lado, a utilização de cláusulas gerais afigura-se uma alternativa ao ritmo de evolução e à complexidade das alterações sociais, por outro, aumenta o poder discricionário do juiz, trazendo, de maneira inevitável, o risco da arbitrariedade.<sup>195</sup> De fato, a ampla liberdade na criação do direito por parte do judiciário – sobretudo num país de dimensões continentais como o Brasil – sem a existência de critérios que levem à uniformidade de entendimentos, leva a um

---

*More than this, it to me that for most moral questions of any importance or difficulty share are no answers that are self-evidently right, even to judges. Since the sowers are and will remain contingent and debatable, any reasons given by judges that depend on them must be even more than usually tentative and revocable.*” Ibidem, p. 449.

<sup>193</sup> Além das implicações decorrentes da adoção de regras redigidas a partir de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, Michele Taruffo chama a atenção para o que chama de “*crisi dela legislazione*”, que seria um fator importante no aumento das lacunas e das antinomias. Diante dessa crise, Taruffo aponta como consequência o fato de o juiz ter de escolher e formular uma *regula juris* para cada caso que deve decidir, e o problema dessa escolha ser tanto mais arriscada, e potencialmente arbitrária, quanto menos clara é a situação das fontes do direito no ordenamento em que o juiz opera. TARUFFO, op. cit., p. 19. Dessa constatação se pode apontar a necessidade de consideração do precedente como fonte do direito, o que justificaria um estudo que ultrapassa os limites desta investigação.

<sup>194</sup> Nesse sentido, ao tratar dos problemas decorrentes da utilização do poder criativo dos juízes no exercício de suas funções decisórias, Michele Taruffo saliente que “*uno di questi problemi, particolarmente importante, è rappresentato dal pericolo – insito nell’esercizio di ogni potere discrezionale da parte di chiunque – che la discrezionalità, di per sé inevitabile e spesso oportuna, degeneri nell’uso arbitrário del potere da parte di colui che lo esercita. In altri termini: si tratta di stabilire il confine tra decisione discrezionale e decisione arbitraria, cosa che è di ovvia importanza nell’ambito dell’amministrazione della giustizia nel moderno Stato di diritto.*” Ibidem, p. 15.

<sup>195</sup> PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança Jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 209-227. p. 223.

crescimento exponencial da possibilidade de contradições internas ao ordenamento jurídico, minando qualquer possibilidade de previsibilidade, estabilidade e confiança.

Consoante explanação de Ricardo Luis Lorenzetti, quando há indeterminação, o ato judicial não é de mera aplicação da regra, mas de criação normativa, ou nas palavras do autor, de criação da norma jurídica individualizada (que conecta o caso ao sistema). Por consequência, ainda que a criação dessa norma se dê num nível distinto daquele elaborado pelo legislador, deve respeitar as regras de produção, reunindo elementos formais para que seja legítima, tal qual acontece com o legislativo.<sup>196</sup>

Ademais, como adverte o próprio autor, “se mirarmos no problema desde a perspectiva do destinatário das normas, resulta necessário estabelecer um mínimo de critérios de correção que limitem a interpretação jurídica meramente subjetiva ou hermética”, já que “Isso é essencial para que os cidadãos tenham percepção clara de que as decisões são baseadas na igualdade e no Estado de Direito.”<sup>197</sup>

Diante disso, e como forma de combater essas consequências, pode-se e deve-se pensar na criação de “mecanismos de controle”, ou de freios e contrapesos, em relação ao poder criativo dos juízes – decorrente da nova técnica legislativa – compatíveis com o sistema jurídico do Estado Constitucional e, portanto, visando garantir, sobretudo, a segurança jurídica no maior grau possível.<sup>198</sup>

Afinal, conforme lembra Nicola Picardi, “o dilema de fundo não é <<quem deve comandar>> mas <<como se controla quem comanda>>”, já que “não é tão importante o poder, e suas formas de legitimação, quanto o controle do exercício do poder.” Segundo pensa

Mesmo que tenha sido legitimamente investido do poder, não é dito que a ação de quem o exercita seja, por si só, justificada. O controle impõe uma adequada organização das instituições e assim termina necessariamente por envolver – antes e sobretudo – o juiz e a jurisdição, instituição de garantia por excelência.<sup>199</sup>

<sup>196</sup> LORENZETTI, op. cit., p. 179.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 182.

<sup>198</sup> A proposta visa equacionar, assim, a advertência feita por LUIR GUILHERME MARINONI, ao mencionar que “*não se exige muita imaginação para perceber que cláusulas como a da boa-fé dão ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-o quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa.*” MARINONI, 2010a, op. cit., p. 85-86.

<sup>199</sup> “[...] il dilemma di fondo no è <<chi deve comandare>> ma <<come si controlla chi comanda>>. Non è tanto importante il potere, e le sue forme di legittimazione, quanto il controllo dell’esercizio del potere. Anche se sia stato legittimamente investito del potere, no è detto che le azioni di chi lo esercita siano, di per sé, giustificate. Il controllo impone un’adeguata organizzazione delle istituzioni e così finisce necessariamente per coinvolgere – anche e soprattutto – il giudice e la

Assim, poder-se-ia sustentar, a partir de Weber, a necessidade de adoção de medidas que implicassem não um retorno à racionalidade formal, própria ao Estado Liberal – pois, como visto, a forma de legislar, inerente a este modelo, não é mais suficiente na contemporaneidade – desprezando-se as vantagens da nova técnica legislativa, mas a introjeção de racionalidade material dentro da racionalidade formal<sup>200</sup> privilegiando-se uma ética da responsabilidade.<sup>201</sup>

Em outras palavras, caminhar-se-ia rumo a um processo de desformalização do direito, nos exatos termos em que foram observados por Habermas, ao afirmar que

[...] a mudança da forma do direito, diagnosticada por Max Weber, pode ser interpretada como consequência bem-sucedida do sistema jurídico. Os atos de adaptação, exigidos do sistema jurídico por uma sociedade cada vez mais complexa, impõem a adoção de um novo estilo cognitivo, isto é, de uma prática de decisão mais flexível, sensível ao contexto e disposta a aprender.<sup>202</sup>

Contudo, sem perder de vista que

esta passagem das tarefas da garantia normativa de expectativas generalizadas de comportamento para tarefas de regulação sistêmica não deve ir tão longe, a ponto de ameaçar a identidade do próprio direito. Tal ameaça concretizar-se-ia, caso o sistema do direito substituísse simplesmente sua autocompreensão dogmática por uma análise do sistema, empreendida a partir do exterior. A internalização de uma descrição neutra, desenvolvida no estilo de Luhmann, acarretaria a dissolução cínica da consciência normativa entre os especialistas em direito e colocaria em risco a autonomia do código jurídico.<sup>203</sup>

Afinal, como já avisado por Michele Taruffo, no mesmo momento em que se

---

giurisdizione, l'istituzione di garanzia per ecellenza." PICARDI, op. cit., p. 42.

<sup>200</sup> A essa ideia aparentemente paradoxal, inclusive, pode-se agregar a reflexão de Nicola Picardi, que, discorrendo sobre a vocação do nosso tempo para a jurisdição, e após referir-se à inatividade do legislador, à constatação de que o tecido legislativo apresenta margens de abertura decorrente de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como causas de aumento dos poderes do judiciário, afirma: *"in um quadro del genere, non possono neppure passare inosservati sintomi di regressione ad una situazione non dissimile da quella dell'antico regime, nella quale le pluralità delle fonti, l'indeterminatezza delle leggi e il predominio della giurisdizione aveva generato, nella cultura illuministica, l'esigenza della codificazione, la cui portata generale e capacità unificante avrebbe dovuto rappresentare anche una barriera contro l'arbitrio dei giudici."* Ibidem, p. 47.

<sup>201</sup> Até porque, *"o juiz responde perante a sociedade pelo exercício da sua função, que é, como as demais funções do Estado, meio de realização dos valores fundamentais por ela consagrados. No estado democrático, o juiz assume o compromisso de exercer o poder estatal de acordo os princípios orientadores do ordenamento jurídico que o investiu no cargo e de onde lhe advém a força da decisão."* AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista Jurídica**, ano. 54, n. 350, dez. 2006. p. 220.

<sup>202</sup> HABERMAS, op. cit., p. 226.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 226.

reconhece a natureza criativa do raciocínio decisório, emerge com evidência particular a necessidade, típica do Estado de direito fundado no princípio da legalidade, de que esta criação ocorra segundo critérios de racionalidade, e seja reconduzida dentro do contexto, dinâmico, mas não privado de ordem.<sup>204</sup>

Assim também parece ser o pensamento de Sergio Chiarloni, ao dizer que o reconhecimento da função criativa do Direito, a partir da jurisprudência, significa, em contrapartida, reconhecer a necessidade de estabelecer limites. Isso, segundo pensa, seria um ônus importante, na medida em que a aplicação e interpretação-criação do direito são confiadas a um juiz funcionário, que não possui legitimação democrática, mas apenas técnico-profissional.<sup>205</sup>

Nesse sentido, alguns desses mecanismos poderiam ser: i) a adoção dos precedentes vinculantes (à semelhança do que ocorre no sistema da *common law*), com o objetivo de limitar o poder criativo dos juízes e unificar o entendimento do direito, a partir do que decidem o STF e o STJ, assegurando uma maior estabilidade, previsibilidade e igualdade de tratamento por parte dos jurisdicionados<sup>206</sup>; ii) a garantia de um contraditório efetivo, com ampla participação das partes e demais interessados, conferindo-se maior legitimidade democrática na formação das decisões judiciais que possam gerar precedentes<sup>207</sup>; iii) uma combinação entre a regulação casuística e a técnica das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados<sup>208</sup>; iv) motivação das decisões de forma que tanto na adoção ou não dos precedentes, os juízes, amparados nos fatos concretos e na prova produzida, fundamentem adequadamente suas decisões; v) adoção da filtragem constitucional, de modo que a própria Constituição, em especial os direitos fundamentais, sirvam como parâmetro e limite da concretização de conceitos abertos<sup>209</sup>; vi) a observância,

<sup>204</sup> TARUFFO, op. cit., p. 30.

<sup>205</sup> CHIARLONI, op. cit., p. 3.

<sup>206</sup> Entende-se que o tratamento igualitário ajudaria a assegurar a manutenção do caráter geral que é próprio da lei, evitando que o judiciário, por ausência de critérios reguladores para a criação da norma jurídica do caso concreto, trate casos semelhantes de forma díspar, construindo uma “lei” para cada um dos indivíduos que postulem seus interesses em juízo.

<sup>207</sup> Talvez haja que se pensar, inclusive, numa redefinição de partes ou, ao menos, numa reconsideração da forma de se pensar a intervenção de terceiros, a fim de garantir a participação, na formação das decisões judiciais que possa gerar precedentes, de todos aqueles que, mesmo potencialmente, podem vir a sofrer os efeitos, no futuro, de uma decisão judicial que pode vir a ser tornar vinculante.

<sup>208</sup> A esse respeito, conferir COSTA, 2013, op. cit.

<sup>209</sup> A este respeito, conferir SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. e SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 741, p. 38-57, jul. 1997.

nas decisões judiciais que criam direito, de parâmetros socialmente reconhecidos como vigentes, espaciotemporalmente.

Além disso, poder-se-iam adotar, no âmbito hermenêutico, os pressupostos apresentados por Michele Taruffo, voltados tanto para fundamentar a justiça das decisões, como a segurança jurídica, quais sejam: a) respeito das garantias processuais; b) correta apreensão dos fatos postos a conhecimento do juiz; c) interpretação adequada da norma na sua aplicação ao caso concreto; d) coerência interna na atribuição de consequências jurídicas aos fatos; e) universalidade dos critérios fundamentais da decisão, de modo que se possa aplicá-los também em outros casos, em observância aos padrões de igualdade de racionalidade da administração da justiça.<sup>210</sup>

A despeito de todas essas possibilidades, que levariam a uma possível estabilização do sistema jurídico, mas considerando os limites da investigação, em razão do recorte teórico efetuado, serão focalizadas as opções indicadas nos itens “i” e “ii”, as quais serão tratadas no capítulo 5. Antes, porém, a fim de atingir os objetivos propostos, mostra-se necessária uma investigação acerca das modificações do *civil law*.

---

<sup>210</sup> TARUFFO, op. cit., p. 20-22.

## 4 AS MODIFICAÇÕES DO *CIVIL LAW*

### 4.1 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO LIBERAL: A DECISÃO JUDICIAL E A CERTEZA JURÍDICA COMO GARANTIA DE SEGURANÇA

O sistema do *civil law*, que tem a sua origem na França, na superação do sistema feudal e implantação de um novo modo de produção, é *baseado em uma racionalidade formal*, tendo sua expressão máxima no mito do juiz como “boca da lei.”<sup>211</sup>

De acordo com esse sistema, nascido no seio da revolução - e que tem a lei e a legalidade estrita como seus pilares fundamentais – a atividade do juiz seria mecânica, de mera subsunção do fato à regra, sem qualquer margem para interpretações<sup>212</sup>.

Não haveria, portanto, nenhum espaço para criação ou atividade interpretativa. Nos termos explicados por Teresa Arruda Alvim

[...] Os juízes tinham de obedecer à lei, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões, sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem “a boca da Lei. [...] Uma forte conexão foi estabelecida entre a lei escrita e a igualdade, pois, passou a ser entendido que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida.”<sup>213</sup>

Em sintonia com essa linha de pensamento, Judith Martins Costa afirma que

A passividade do juiz frente à lei faz parte da regra do jogo, pois satisfaz a necessidade de segurança jurídica. A este sistema, como condição do que se compreendia então por segurança jurídica, são fundamentais a completude e a coerência, isto é, a ausência de vagueza, lacunosidade e ambigüidade do sentido das regras jurídicas, de modo que aí não cabem nem conceitos cuja formulação semântica seja vaga e que exijam, para a aplicação, a utilização de formas de heterointegração, entre elas as cláusulas gerais.<sup>214</sup>

<sup>211</sup> A partir de Weber, em especial daquilo que foi desenvolvido no primeiro Capítulo, é possível perceber que a racionalização formal do direito, ou sua organização formal, serviu como mecanismo de controle do Estado moderno, ajudando na superação do feudalismo, e levando a uma organização sistemática.

<sup>212</sup> O juiz teria a “*situação de um autômato jurídico, limitado à interpretação de parágrafos e contratos, no qual se introduzem, em cima, os fatos mais os custos para que solte, embaixo, a sentença e suas explicações [...]*” WEBER, 2009, op. cit., p. 146.

<sup>213</sup> WAMBIER, op. cit.

<sup>214</sup> COSTA, 2000, op. cit., p. 194-195.

A codificação, que também tem origem “*no alvorecer da revolução*”<sup>215</sup>, foi fortemente marcada pelo caráter da rigidez e da imutabilidade, com pretensão de plenitude lógica e completude legislativa, e com a previsão de uma decisão para cada caso que possa surgir.<sup>216</sup>

Compreendem-se essas características originárias do *civil law*, pois havia a necessidade de superação do feudalismo – no qual havia um sistema judicial comprometido com o *status quo*<sup>217</sup> – e implementação dos princípios revolucionários (igualdade e liberdade) e do Estado Liberal que nascia.

Nesse contexto, pode-se afirmar, à luz do pensamento de Max Weber, que a ampla formalidade era, sobretudo, destinada a diminuir a liberdade (no caso a liberdade daquele que deveria aplicar a lei), pois os critérios de decisão eram intrínsecos ao sistema de direito.<sup>218</sup>

A segurança jurídica no sistema do *civil law*, portanto, estava justamente baseada na aplicação da lei, nos termos em que colocada pelo parlamento. Com a firme e indistinta aplicação da lei, acreditava-se que todos seriam tratados de maneira igual. Dizendo em outros termos, a certeza jurídica era vista como garantia da segurança, já que a primeira estaria amparada na lei e na impossibilidade do juiz interpretá-la.<sup>219</sup>

<sup>215</sup> De acordo com René David, “*A codificação é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais.*” Conforme explica o autor, “*Para que a codificação respondesse a esta ambição e para que fosse coroada de êxito, eram necessárias duas condições. Por um lado, era necessário que ela fosse a obra de um soberano esclarecido, desejoso de consagrar – mesmo em detrimento dos privilégios da antiga ordem – os novos princípios de justiça, de liberdade e de dignidade do indivíduo. Por outro lado, era preciso que a nova compilação fosse estabelecida num grande país, exercendo sobre os outros uma influência à qual eles não saberiam esquivar-se. Ou seja, a codificação só poderia ter bom êxito e renovar os dados do sistema, nas condições em que foi realizada na França, no alvorecer da Revolução, associada ao prestígio das ideias de 1789 e da expansão napoleônica.*” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66-67.

<sup>216</sup> Juliano Marcondes Paganini ressalta que “*uma perspectiva de certa forma comum a todos os códigos (desde o Justiniano, e aqui se incluindo o alemão, francês e também o brasileiro) é o seu caráter pretensamente central, unificador, completo e suficiente caracterizado por uma (sic) ímpeto de apreensão valorização integrais do seu objeto de regulação, através de formulações suficientemente perenes e duradouras que representam, em última análise, uma almejada redução de seu conteúdo.*” PAGANINI, op. cit., p. 210.

<sup>217</sup> “*Na luta contra o absolutismo, a lei foi vista como um baluarte, em via abstrata e geral, contra o exercício arbitrário e despótico do poder, inclusive o poder dos juizes, então comprometidos, pela origem de sua própria extração social, com as classes privilegiadas.*” COSTA, 2000, op. cit., p. 184.

<sup>218</sup> Conferir TRUBEK, op. cit., p.151-185.

<sup>219</sup> Nesse sentido, MARINONI, 2010a, op. cit., p. 63-64,



Mais uma vez a partir de Weber, pode-se afirmar que as qualidades desse direito, lógico-formal e racional, baseavam-se nos seguintes postulados:

1) Que toda decisão jurídica concreta seja à “aplicação” de uma disposição jurídica abstrata e uma “constelação de fatos” concreta; 2) que para toda constelação de fatos concreta deva ser possível encontrar, com os meios da lógica jurídica, uma decisão a partir das vigentes disposições jurídicas abstratas; 3) que, portanto, o direito objetivo vigente deva constituir um sistema “sem lacunas” de disposições jurídicas ou conter tal sistema em estado latente, ou pelo menos ser tratado como tal para os fins da aplicação do direito; 4) que aquilo que, do ponto de vista jurídico, não pode ser “constituído” de modo racional também não seja relevante para o direito; 5) que a ação social das pessoas seja sempre interpretada como “aplicação” ou “execução” ou, ao contrário, como “infração” de disposições jurídicas (esta posição é defendida, sobretudo, por Stammler, ainda que não *expressis verbis*), isto porque, de modo correspondente a ausência de lacunas no sistema jurídico, também a “situação jurídica ordenada” seria uma categoria básica de todo acontecer social.<sup>220</sup>

A propósito, especificamente, do Direito brasileiro e do CPC de 1973, Jaqueline Mielke Silva, ressaltando as características do processo de conhecimento, apontou que

ao suprimir os juízos de verossimilhança, conservou-se fiel ao iluminismo, pressupondo que a função de julgar seja eminentemente declaratória. Por outro lado, pressupõem-se que o ordenamento jurídico, criado por um legislador todo poderoso, possa oferecer ao juiz a solução para os casos concretos que lhe caibam julgar, de modo que a função de julgar não seja nada além da mecânica declaração da ‘vontade concreta da lei’. O processo de conhecimento, com a exigência dos juízos de certeza, pressupõe a univocidade da lei, capaz de permitir apenas uma solução concreta.<sup>221</sup>

Entretanto, com a “evolução” da sociedade, percebeu-se que o sistema casuístico do *civil law* era inadequado, pois se tornou evidente que o juiz, diante do caso concreto, e onde falham as leis, não se limitava a exercer uma atividade mecânica, mas, inevitavelmente, exercia uma atividade interpretativa e integrativa, e até mesmo criativa, sobretudo perante situações específicas que não haviam sido expressamente previstas pelos códigos escritos.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> WEBER, 2009, op. cit., p. 13.

<sup>221</sup> Silva, 2009, op. cit., p. 309.

<sup>222</sup> Aliás o próprio SAVIGNY, em 1814, ao escrever “*Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*”, já havia advertido sobre a impossibilidade de completude dos códigos: “O código, então, como está planejado para ser a única autoridade-lei, deve conter de fato, por previsão, uma decisão para cada caso que possa surgir. Isto tem sido concebido, com frequência, como se fosse possível e vantajoso obter, por experiência, um perfeito conhecimento dos casos particulares e depois decidir cada um deles por um correspondente dispositivo do código. Mas quem quer que tenha estudado casos jurídicos com atenção, verá logo que esse empreendimento

Como consequência do declínio da plenitude dos códigos, e reforçando essa tendência, inúmeras reformas legislativas que foram sendo introduzidas passaram a adotar uma forma de redação das leis que, não sendo conclusiva, porém, aberta, permite ao magistrado certa discricionariedade no momento de análise e aplicação ao caso concreto<sup>223</sup>, culminando com a radical transformação do papel do juiz no âmbito do Estado Constitucional.

#### 4.2 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO CONSTITUCIONAL: O IMPACTO DA TÉCNICA DOS CONCEITOS VAGOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Se o papel do juiz no Estado Liberal era declarar a vontade da Lei, sem espaço para interpretação, ou quiçá, criação do direito, essa situação muda radicalmente com o Estado Constitucional – que constitui o Estado de Direito e o Estado Democrático<sup>224</sup>. Explica-se:

A técnica legislativa adotada na instituição do *Código Buzaid*, como já é consabido, foi inspirada em valores liberais de natureza individual (a exemplo do que ocorreu na França), tais como a tipicidade das formas processuais e a casuística<sup>225</sup>.

Alcides Munhoz da Cunha, inclusive, referindo-se ao Código de 1973, destaca que “...o influxo positivista reduziu, se não eliminou, o juízo de equidade, privilegiando o método da legalidade, ou seja, da aplicação da lei, forjando um mundo jurídico desvinculado e independente do mundo social”<sup>226</sup>. E mais à frente,

---

*deve falhar, porque positivamente não há limites para as variedades das reais combinações de circunstâncias.” MORRIS, op. cit., p. 291.*

<sup>223</sup> De acordo com Fabiano Menke, as cláusulas gerais passaram a ter maciça utilização no direito civil alemão, nas primeiras décadas do século XX. MENKE, op. cit., p. 10.

<sup>224</sup> Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni: “*Considerando-se o juiz da tradição do civil law, isto é, aquele desejado pela Revolução Francesa, torna-se inevitável afastá-lo do julgador que decide com base em conceitos jurídicos indeterminados e em regras gerais. Não há dúvida que o juiz que deve decidir pronunciando as palavras da lei – como queria Montesquieu – não pode se confundir com aquele que pode dar significado a conceito indeterminado ou concretizar regra aberta, adotando a solução que lhe parecer oportuna e adequada ao caso concreto.*” MARINONI, 2010a, op. cit., p. 85.

<sup>225</sup> “A técnica casuística é utilizada quando, para a estruturação da norma, estabelecem-se, na medida do possível, critérios para a qualificação dos fatos normados. Norma de tal espécie não exige maior esforço do juiz, permitindo a aplicação por meio de subsunção. MARINONI, 2010a, op. cit., p. 153.

<sup>226</sup> CUNHA, Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil, v. 11:** do processo cautelar, arts. 796 a 812. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 117-118. O mesmo autor salienta, ainda, em outra passagem, que “[...] o Código de Processo Civil brasileiro editado em 1973 é o maior ou o mais expressivo monumento legislativo da fase científica do processo. Nascido quando já estava suficientemente maduro, se não exaurido o pensamento dogmático tradicional, o Código de Processo Civil de 1973 cristalizou todas as premissas metodológicas que

ressalta que citado Código “representa um marco na ciência do direito processual civil, enquanto produziu com fidelidade e apuro técnico um sistema recomendado pela dogmática”, podendo-se dizer que “o *Código de Processo Civil de 1973* é o *monumento normativo mais autêntico da dogmática tradicional*, com inspiração na ideologia liberal e individualista que animou os séculos XVIII, XIX e parte do século XX.”<sup>227</sup>

A técnica legislativa do Código de Processo Civil de 1973, como visto, apresenta uma concepção instrumental centrada num rigor excessivamente formal, voltada para a implementação de um sistema de codificação exaustivo e pretensamente fechado. Em outras palavras: propugnou-se, a partir do princípio da tipicidade das formas, pela implantação de um sistema que fosse autosuficiente e isento de lacunas.

Esse modelo, gestado logo no início do Estado liberal, marcado pela rigidez e imutabilidade, e pela mera subsunção/dedução<sup>228</sup>, mostrou-se insuficiente com o passar do tempo.<sup>229</sup>

Conforme explica Ricardo Luis Lorenzetti,

A primeira crise da dedução surge quando a linguagem normativa começa a ser ambígua e a mostrar zonas de penumbra na interpretação, o que faz com que o intérprete não só deva deduzir, senão que também deva optar entre as diversas alternativas da interpretação.<sup>230</sup>

---

*notabilizaram esta fase de consolidação da ciência do direito processual civil. [...] O novo Código de Processo Civil foi festejado nacional e internacionalmente pelo alto grau de apuro técnico, pela preocupação quanto à precisão terminológica e, enfim, pela fidelidade ao pensamento dogmático tradicional já consolidado.” Ibidem, p. 119-120.*

<sup>227</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>228</sup> Ricardo Luis Lorenzetti esclarece que o “*raciocínio dedutivo tem sítio o modo característico do raciocínio legal, ainda que nunca tenha sido exclusivo nem excludente. O método dedutivo requer três passos: a) identificar um conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formular um enunciado geral (elemento normativo-premissa maior); b) delimitar um suporte fático relevante por aplicação das regras processuais (elemento fático-premissa menor); c) deduzir a solução do caso a partir da premissa maior aplicável à premissa menor.*” LORENZETTI, op. cit., p. 171.

<sup>229</sup> Aliás, consoante ensina Alcides Munhoz Da Cunha, “[...] o Código já nasceu velho, pois nos anos 70 deste século já se esboçavam e se dinamizavam as transformações sociais caracterizadoras de uma sociedade de massas, que em face do progressivo desenvolvimento dos meios de comunicação e dos meios de transporte passou a interagir intensamente, tomando consciência do fenômeno coletivo, da globalização, da titularidade substancial de direitos e novos direitos, instando o Estado providencialista a assegurar uma tutela jurisdicional mais adequada, mais rápida, mais efetiva e mais abrangente para a solução dos crescentes, inovadores e multifários conflitos que se amontoavam em demandas pelo procedimento ordinário ou comum do processo de conhecimento, perante os órgãos judiciários insuficientes e precariamente estruturados.” CUNHA, op. cit., p. 141.

<sup>230</sup> LORENZETTI, op. cit., p. 172.

Já a segunda crise, de acordo com esse autor, aparece a partir da adoção de conceitos abertos não relacionados a um “*suporte fático especial*”, tornando impossível a dedução. Segundo o autor argentino, a linguagem aberta se expandiu significativamente nas constituições, nos tratados, na legislação sobre contratos, no direito comercial, de família, bem como em todo o ordenamento. Em suas palavras,

A cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado são utilizados em todos os campos jurídicos com abundância, fundando-se na ideia de que a solução se posterga e haverá alguém que terá a suficiente formação e informação para resolver.<sup>231</sup>

No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni,

Essas regras se fundam na compreensão da ideia de que a lei não pode vincular as técnicas processuais às necessidades de direito material nem desenhar tantos procedimentos quantas forem as situações substanciais carentes de tutela. Além disso, o legislador não pode antever todas as necessidades de direito material uma vez que estas não apenas se transformam diariamente, como assumem contornos variados conforme os casos concretos. Assim sendo, chegou-se naturalmente à necessidade de normas destinadas a dar aos jurisdicionados e ao juiz poder de identificar, a partir de conceito jurídico indeterminado, quando a técnica processual, já definida na lei, pode ser utilizada, bem como o poder de individualizar, a partir das circunstâncias do caso, o instrumento processual adequado à tutela do direito material.<sup>232</sup>

No sistema jurídico brasileiro, sobretudo com o advento do Estado Constitucional e com o gradativo reconhecimento de novos direitos (v.g., direitos dos consumidores, direito ao meio ambiente etc.), ficou visível a insuficiência dessa técnica legislativa<sup>233</sup>, já que os dispositivos legais mostravam-se débeis para a tutela da nova realidade histórico-social, apresentada no cotidiano forense.<sup>234</sup> Houve, por assim dizer, um “reconhecimento da incompletude do código e da necessidade de sua integração, preponderantemente pela ação dos juízes, a partir de fontes localizadas até mesmo fora do código.”<sup>235</sup>

<sup>231</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>232</sup> MARINONI, 2010a, op. cit., p. 87.

<sup>233</sup> Daniel Mitidiero destaca a mudança na técnica legislativa com uma das três mudanças ocorridas com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. De acordo com o autor, a primeira mudança se deu no campo das fontes jurídicas; a segunda ocorreu na compreensão da natureza da interpretação jurídica e, a terceira, na técnica legislativa. MIDIDIERO, 2011, op. cit., p. 128.

<sup>234</sup> Vide, como exemplo, as tutelas preventivas.

<sup>235</sup> MENKE, op. cit., p. 11.

Vale ressaltar, aqui, e mais uma vez, passagem da obra “A boa-fé no direito privado”, na qual Judith Martis Costa destaca que “hoje já não é admissível aquele estático modelo de positividade”, em razão de que, de um lado, o acelerar da história “[...] e o conceito de positividade no direito que considera a dinâmica dialética do processo formativo e aplicativo das normas jurídicas”, de outro,

[...] impõem a configuração de um diverso paradigma metodológico, tendo em vista não mais o modelo de sociedade hegemonicamente centrado na figura do indivíduo, do burguês empreendedor e confiante no progresso – o pai de família, o homem de negócios, o proprietário de que falara Thibaut ao propor a codificação da Alemanha – mas fulcrado na pluralidade e na complexa tessitura das suas relações sociais de base.<sup>236</sup>

Assim, de forma gradativa, dispositivos legais redigidos de maneira a apontar expressamente as condutas que devem ser adotadas para cada caso específico, foram se mostrando ultrapassados, de tal sorte que se a interpretação, no Estado Legislativo, era mera declaração, no Estado Constitucional, em que texto e norma não se confundem – e que a Constituição é o centro do ordenamento jurídico – a interpretação jurídica passa a ser (e deve ser) construída em conjunto com as partes.<sup>237</sup>

A esse respeito, inclusive, Daniel Mitidiero ressaltava a grande diferença entre a interpretação jurídica no Estado Legislativo e no Estado Constitucional, já que, no primeiro, presumia-se uma unidade entre texto e norma, sendo igualmente pressuposto que a legislação outorgava não só o texto, mas também a norma, bastando à jurisdição apenas declarar a norma préexistente para a solução do caso concreto.<sup>238</sup>

Por sua vez,

no Estado Constitucional, o legislador redige a suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta).<sup>239</sup>

<sup>236</sup> COSTA, 2000, op. cit., p. 284.

<sup>237</sup> Dai vem a necessidade de um contraditório forte, no âmbito do processo, que passa a ser chamado de cooperativo, com evidente dever de diálogo, de auxílio e de prevenção, na relação do juiz com as partes, favorecendo-se um processo justo, em que o juiz deve se empenhar, colaborar e participar, para a efetiva realização do direito material.

<sup>238</sup> MITIDIERO, 2011, op. cit., p. 130.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 130.

Como consequência desse quadro, as sucessivas reformas que foram sendo implementadas, buscando uma melhor adequação da técnica legislativa à realidade concreta, adotaram técnicas legislativas diferenciadas, menos formalistas e de caráter mais aberto às dinâmicas situações concretas<sup>240</sup>, conferindo maiores poderes ao Juiz e possibilitando uma melhor adequação do direito adjetivo, em cada caso concreto, à efetiva realização do direito material<sup>241</sup>. O benefício desta nova forma de redigir os textos legais é a grande flexibilidade, podendo-se falar em uma dogmática “*dúctil ou fluída*.”<sup>242</sup>

Nessa nova realidade legislativa, por conter uma linguagem mais aberta, confere possibilidade de constante (re)construção do sistema jurídico, permitindo ao julgador (frise-se, sempre em conjunto com as partes) procurar dentro e (ou) “fora da lei” o conteúdo necessário ao preenchimento das “lacunas.”

E se há uma linguagem aberta, aquiesce Ricardo Luis Lorenzetti, a dedução isolada não se mostra mais possível, ganhando destaque a atividade do juiz, que deverá interpretar a norma, sem que seja possível sua aplicação automática.<sup>243</sup>

Essa nova forma de redação das leis, assim, permite a *adoção de valores extrajurídicos na solução dos casos concretos*, havendo uma evidente ampliação da

<sup>240</sup> Conforme explica JUDITH MARTINS COSTA, “*Notadamente na segunda metade deste século, a técnica legislativa foi radicalmente transformada, assumindo a lei características de concreção e individualidade que eram próprias dos negócios privados: não mais a lei como kanon abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas. Irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, terminologias científicas, econômicas, sociais, compatíveis com os problemas da idade contemporânea. Tem sido observada a formulação, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, enucleado na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas conseqüências. Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, bem como com as constante formulação de novas normas: são as chamadas clausulas gerais.*” COSTA, 2000, op. cit., p. 303,285-286.

<sup>241</sup> Nesse sentido, mais uma vez, precisas são as lições de LUIZ GUILHERME MARINONI, ao afirmar que: “*Porém, o passar do tempo mostrou a necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. Esta necessidade levou o legislador não só a criar uma série de institutos dependentes do preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em “abuso de direito de defesa” (art. 273, II, CPC) -, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, mas também a fixar normas processuais abertas, como o (sic) do art. 461 do Código de Processo Civil, que permite a construção do modelo processual adequado à natureza da tutela específica almejada.*” MARINONI, 2009, op. cit., p. 51.

<sup>242</sup> LORENZETTI, op. cit., p. 173.

<sup>243</sup> Ibidem, p. 173.

liberdade por meio da diminuição das formalidades legais e um caminhar rumo à *racionalidade material*.

Nesse novo cenário legislativo, por assim dizer, passa a ser fundamental o papel do magistrado, “no sentido de que [...] terá um incremento na sua função de intervenção nos negócios privados. Numa palavra, as cláusulas gerais colocam em ainda maior relevância o trabalho dos julgadores.”<sup>244</sup>, que passam a ser como que “legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto.”<sup>245</sup>

Sergio Chiarloni chega a afirmar que o juiz não apenas cria o direito do caso concreto por meio da atividade de subsunção – criando o direito dos casos idênticos ou similares que não poderiam ser prerrogativa do legislativo – como também cria, agora, regras novas, derivadas dos princípios, ou aumentando a extensão das cláusulas gerais, dando relevo à equidade, ou, finalmente, legitimando regras emergentes da prática. Esses fatos, para ele, ajudam a entender como muitas vezes existe uma implícita delegação do legislador ao juiz, sendo que o primeiro limita-se a indicar as linhas diretivas sob as quais deverá mover-se a função concretizadora-criativa da jurisprudência.<sup>246</sup>

Como exemplo da modificação da técnica legislativa no sistema jurídico brasileiro, *no campo do direito material*, podem ser citadas as inúmeras disposições do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003<sup>247</sup> – v.g. a boa-fé objetiva, equidade etc. – e, *no campo do direito processual*, o poder geral de cautela, as disposições do art. 273, que regulam a antecipação dos efeitos da tutela e as disposições atinentes à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (artigos 461 e 461-A), dentre outras.

Todas as modificações até aqui indicadas conduzem a uma transformação do sistema da *civil law*, aproxima-se cada vez mais do *common law*.

---

<sup>244</sup> MENKE, op. cit., p. 11.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>246</sup> CHIARLONI, op. cit., p. 2

<sup>247</sup> Conforme esclarece Fabiano Menke, “Com a entrada em vigor do novo Código Civil, Lei 10.406, de 10.01.2002, as cláusulas gerais passaram a ocupar papel de maior destaque ainda no ordenamento jurídico brasileiro, e em especial no direito privado. Dispositivos legais contendo cláusulas, como o art. 421 (função social do contrato) e art. 422 (boa-fé objetiva), foram consagrados, fazendo com que se faça necessário um exame dos métodos mais adequados para a interpretação desta espécie normativa.” MENKE, op. cit., p. 09.

#### 4.3 APROXIMAÇÃO ENTRE AS JURISDIÇÕES DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

René David salienta que “As características tradicionais da *common law* são muito diferentes das da família de direito romano-germânica.”<sup>248</sup>

Ocorre que desde sua concepção, até os dias atuais, o sistema da *civil law*, próprio da citada família romano-germânica, passou por profundas transformações, as quais, inegavelmente, o deixaram mais próximo da família da *common law*.<sup>249</sup> Por outro lado, as relações estabelecidas entre estas duas famílias, e algumas modificações ocorridas no *common law*, com a consequente perda de algumas de suas características originais, também o deixaram um pouco mais parecido com a *civil law*, conforme ressalta René David, ao afirmar que o papel desempenhado pela lei tem sido aumentado na *common law*, de forma que a regra do direito tende cada vez mais ser concebida de forma igualitária, tanto nessa, quanto na *civil law*. Nas palavras do autor, “[...] Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma idéia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.”<sup>250</sup>

E para melhor compreender essa noticiada aproximação, faz-se necessária uma brevíssima digressão histórica acerca da origem de ambos os sistemas naquelas que podem ser consideradas os berços destes dois sistemas de direito: A Inglaterra e a França.

As origens do *common law*, na Inglaterra, e do *civil law*, na França, podem ser explicadas a partir de contextos histórico-políticos bastante particulares. Na França, quando da passagem do feudalismo para o liberalismo, foi essencial a criação de um sistema jurídico rígido, e completo, em que não se desse qualquer possibilidade de o juiz aplicar a lei de forma a desconsiderar a vontade do parlamento. Tal desiderato era totalmente justificado, na medida em que a magistratura era ligada aos senhores feudais, e com os costumes e privilégios até então arraigados, estando completamente fora de sintonia com os novos valores

<sup>248</sup> DAVID, op. cit., p. 24-25.

<sup>249</sup> Sobre o agrupamento dos direitos em famílias, conferir Ibidem.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 26. Eduardo Cambi salienta que a circulação dos modelos jurídicos do *civil law* e do *common law* são consequências inevitáveis da globalização, no plano cultural. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.



pregados pelos revolucionários.<sup>251</sup> Não havia possibilidade de se continuar aplicando, por assim dizer, o *common law* do sistema feudal.

Portanto, na medida em que não se podia confiar nos juízes, a consolidação dos ideais do novo regime dependia da irrestrita submissão do judiciário à Lei, a partir de regras préestabelecidas pelo parlamento. Na Inglaterra, por outro lado, não havia razões para se desconfiar dos juízes, já que estes, historicamente, sempre estiveram ao lado do parlamento na consolidação dos valores próprios do sistema vigente. Dessa forma, contrariamente à França, a Revolução Inglesa de 1688, também chamada de Revolução Gloriosa, buscou não a substituição do direito praticado até então, mas sim, a sua confirmação e consolidação da submissão da coroa ante o parlamento.<sup>252</sup> E não havendo razões para se desconfiar da magistratura, o *common law* “confiou e apostou no judiciário, enquanto o *civil law* escravizou os juízes ao Parlamento.”<sup>253</sup>

Marinoni, ainda nesse contexto histórico, sublinha que “a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado – certamente que em termos essencialmente teóricos – para a formação das concepções antagônicas de *juge bouche de la loi* (juiz boca-da-lei) e de *judge make law* (juiz legislador).”<sup>254</sup>

Quer parecer que a questão principal, entretanto, é que, para além dos fatores apontados, o surgimento do Estado Constitucional, já referido em outra passagem - em que não se tem a Lei como ápice do sistema, mas a Constituição como centro do ordenamento jurídico – provoca mudanças estruturais irreversíveis, tanto na compreensão de direito quanto de jurisdição. Como aponta LUIZ GUILHERME MARINONI, “o direito não esta mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas conformar a lei aos direitos contidos na Constituição.”<sup>255</sup>

Todas essas transformações, juntamente com a modificação da forma de redação das leis (que agora passa a adotar conceitos abertos), e sem desconsiderar o controle de constitucionalidade – sobretudo por omissão – acelerou a aproximação

<sup>251</sup> Charles Louis de Secondat, que herdou de seu tio a propriedade e o nome de Montesquieu, juntamente com o cargo de *presidente a mortier* do Parlamento de Bordéu, conhecia bem essa realidade. A este respeito conferir: MORRIS, op. cit., p. 291.

<sup>252</sup> Nesse sentido, MARINONI, 2010a, op. cit., p. 48.

<sup>253</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>254</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>255</sup> MARINONI, 2010a, op. cit., p. 68.

entre os dois sistemas. Tanto é assim, que agora, qualquer operador do direito minimamente atento percebe que a atividade do juiz restou muito longe da concepção original do *civil law*, estando muito mais próxima do papel criativo exercido pelo juiz da *common law*.<sup>256</sup>

#### De fato

O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O Seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais.<sup>257</sup>

Ainda acerca da aproximação entre os dois sistemas, também é digna de nota outra importante observação feita por Guilherme Marinoni, na direção de que, “se é certo que o poder do juiz do *civil law* submetido à Constituição é próximo ao do juiz estadunidense, criar a norma do caso concreto a partir da Constituição também é algo similar a criar a norma jurídica a partir do *common law* ou mesmo a de declarar o direito do *common law*, como ocorria no direito inglês primitivo.” E continua: “Daí por que se dizer que a noção de criação do direito, típica do direito jurisprudencial, opõe-se à aplicação estrita da lei, própria à tradição do *civil law*.”<sup>258</sup>

Bastante similar é o pensamento de Sergio Chiarloni, o qual destaca a consciência atual de que a atividade interpretativa da jurisprudência contém momentos de criação que não podem ser eliminados. No seu raciocínio, o juiz não é mais visto como a mítica boca da lei (*bouche de la loi*), fórmula historicamente condicionada a um período em que a doutrina da divisão dos poderes constituía o sinal de que o poder era dividido de forma concreta, entre a burguesia revolucionária que havia conquistado o legislativo e os resíduos feudais do Estado absoluto, agora submetido ao judiciário.<sup>259</sup>

A aproximação entre os dois sistemas, inclusive, afigura-se como uma tendência aparentemente irreversível no sistema jurídico brasileiro, sobretudo em razão das recentes reformas levadas a cabo no Código de Processo Civil – e,

<sup>256</sup> Nesse sentido, conferir MARINONI, 2010a, op. cit., p. 69.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 47-48.

<sup>259</sup> CHIARLONI, op. cit., p. 1.

sobretudo, as disposições do Projeto do novo CPC, que serão apontadas no último Capítulo – buscando a valorização das decisões dos tribunais e a unificação do direito.

Nesse sentido, podem ser destacadas a instituição da súmula vinculante (CF 103-A), a repercussão geral (CF 102, § 3º e CPC 543-A), o julgamento liminar de improcedência (CPC 285-A), a súmula impeditiva de recursos (CPC 518, § 1º), a possibilidade de decisão monocrática pelo relator do recurso (CPC 527, § 1º, 544, § 4º, e 557), além da instituição do julgamento uniforme dos recursos repetitivos (CPC 543-C)<sup>260</sup>. Todas essas reformas, “têm em comum ressaltar o papel dos precedentes como técnica de agilização processual.”<sup>261</sup>

Inclusive, a propósito dessa tendência de valorização da jurisprudência, por meio da adoção dos precedentes, e de busca da isonomia e da segurança aproximando os dois sistemas, podem ser citados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, sendo o primeiro deles da relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, A E C, DA CF/1988. SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, POR FORÇA DE SUBMISSÃO DA QUAESTIO IURIS CONTROVERTIDA AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C, DO CPC - RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICO-SISTÊMICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS (ART. 5.º LXXVIII, DA CRFB/1988).

1. A submissão de matéria jurídica sob o rito prescrito no artigo 543-C, do Código de Processo Civil, inserido pela Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, justifica a suspensão do julgamento de recursos de apelação interpostos nos Tribunais.

<sup>260</sup> “A recente Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, introduziu alterações no Código de Processo Civil (CPC) de grande importância para desafogar o Poder Judiciário, com a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tal modificação configura mais uma etapa na reforma do Processo Civil Brasileiro, voltada basicamente para a celeridade processual, buscando evitar o tortuoso e inócuo procedimento de julgamento de inúmeros processos idênticos pelo STJ. A mudança acresce ao CPC o art. 543-C, que estabelece o procedimento para o julgamento em massa de recursos, tornando mais efetiva a prestação jurisdicional. A norma dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, cabe ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ. Os demais ficarão suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal. A matéria foi regulamentada em âmbito interno pela Resolução STJ nº 8, de 7 de agosto de 2008, que estabelece que o agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões argüidas no mesmo recurso.” BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=835&tmp.texto=,>](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=835&tmp.texto=,>)>.

Acesso em: 15 jan. 2012.

<sup>261</sup> CAMBI, op. cit., p. 147.

2. A suspensão dos julgamentos das apelações que versam sobre a mesma questão jurídica submetida ao regime dos recursos repetitivos atende a exegese teleológico-sistêmica prevista, uma vez que decidida a irresignação paradigmática, a tese fixada retorna à Instância a quo para que os recursos sobrestados se adequem à tese firmada no STJ (art. 543-C, § 7.º, I e II, do CPC).

3. É que o novel instituto tem como *ratio essendi* evitar o confronto das decisões emanadas dos Tribunais da Federação com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mercê de a um só tempo privilegiar os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

4. A ponderação de valores, técnica hoje prevalecente no pós-positivismo, impõe a duração razoável dos processos ao mesmo tempo em que consagra, sob essa ótica, a promessa calcada no princípio da isonomia, por isso que para causas com idênticas questões jurídicas, as soluções judiciais devem ser iguais.

5. *Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, na uniformização de jurisprudência, a cisão funcional impõe que a tese fixada no incidente seja de adoção obrigatória no julgado cindido, por isso que a tese repetitiva adotada pelo Tribunal competente para conferir a última exegese à legislação infraconstitucional também é, com maior razão, de adoção obrigatória pelos Tribunais locais.

6. A doutrina do tema assenta que: Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com freqüência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico - sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância - a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito - que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais - e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: Arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 4 e 5) 7. Deveras, a estratégia político-jurisdicional do precedente, mercê de timbrar a interpenetração dos sistemas do civil law e do common law, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para "casos iguais", "soluções iguais."

8. Recurso especial conhecido e desprovido.<sup>262</sup>

<sup>262</sup> BRASIL. **Recurso Especial 1111743/DF**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 dez. 2012. No mesmo sentido, outro julgado do STJ, da relatoria do Ministro Luiz Fux: "*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 E 545 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ICMS E CRÉDITOS DECORRENTES DE AQUISIÇÃO DE BENS DE ATIVO FIXO E DE USO E CONSUMO. POSSIBILIDADE À PARTIR DO ADVENTO DA LC 87/96. 1. O Plenário do Pretório Excelso, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851, em 08.05.2002, decidiu pela constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, em virtude do disposto no § 7º do art. 150 da CF, considerando ainda a finalidade do instituto da substituição tributária, que, mediante a presunção dos valores, torna viável o sistema de arrecadação do ICMS. Em consequência, ficou estabelecido, no âmbito daquela egrégia Corte, que somente nos casos de não realização do fato impositivo presumido é que se permite a repetição dos valores recolhidos, sem relevância o fato de ter sido o tributo pago a maior ou a menor por parte do contribuinte substituído. 2. Submissão ao julgado da Excelsa Corte. A força da jurisprudência foi erigida como técnica de sumarização dos julgamentos dos Tribunais, de tal sorte*

A despeito de longo, mas em razão da excelente digressão acerca da caminhada rumo à valorização do precedente no direito brasileiro, vale destacar trecho do voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no bojo do acórdão anteriormente citado:

[...] O sistema de julgamento, pelo STJ, dos recursos especiais repetitivos, constitui mais um passo do legislador no seu esforço constante de valorizar os precedentes dos tribunais superiores, conferindo-lhes uma peculiar eficácia persuasiva, que se projeta para muito além do caso concreto, espargindo efeitos reflexos, bem significativos, para todos os demais casos semelhantes. Um olhar histórico sobre nosso direito positivo ilustra e confirma essa verdade. Ao contrário do que ocorre em países da *common law* e até mesmo, em boa medida, em muitos países continentais europeus, não é da nossa tradição cultural a vinculação a precedentes judiciais. É sabido que nos primórdios da fase republicana malograram as iniciativas de natureza doutrinária, especialmente de Ruy Barbosa (Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva, 1933, IV volume, p. 268), pela adoção entre nós de sistema semelhante ao “*stare decisis* .” Daí o esforço legislativo empreendido nas últimas décadas no sentido de estabelecer um novo padrão. Os primeiros passos em direção à eficácia vinculante dos precedentes se deram na Constituição de 1934, quando foi criado o instituto da suspensão, pelo Senado, da lei declarada inconstitucional pelo STF, alternativa para atribuir força de *stare decisis* aos precedentes, universalizando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tomada em controle difuso. Em 1963, o Regimento Interno do STF (art. 102) instituiu a *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, instrumento prático ainda hoje importantíssimo para viabilizar a força persuasiva dos precedentes da Corte. A partir da EC 16/65, com a criação da representação de inconstitucionalidade, passaram a ser desde logo

---

que os Relatores dos apelos extremos, como soem ser o recurso extraordinário e o recurso especial, têm o poder de substituir o colegiado e negar seguimento às impugnações por motivo de mérito.<sup>3</sup> Deveras, a estratégia política-jurisdicional do precedente, mercê de timbrar a interpenetração dos sistemas do civil law e do common law, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para “casos iguais”, “soluções iguais.”<sup>4</sup> A real ideologia do sistema processual, à luz do princípio da efetividade processual, do qual emerge o reclamo da celeridade em todos os graus de Jurisdição, impõe que o STJ decida consoante o STF acerca da mesma questão, porquanto, do contrário, em razão de a Corte Suprema emitir a última palavra sobre o tema, decisão desconforme do STJ implicará o ônus de a parte novamente recorrer para obter o resultado que se conhece e que na sua natureza tem função uniformizadora e, a fortiori, erga omnes. 5. Outrossim, fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Egrégio STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 6. Controvérsia dirimida pelo Tribunal a quo à luz da Constituição Federal, razão pela qual se revela insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 975.551/RS, DJ 19.10.2007; REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp n.º 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp n.º 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005.” [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acesso em: 04 dez. 2012.

7. A demonstração do dissídio jurisprudencial impõe-se indispensável avaliar se as soluções encontradas pelo decisum embargado e paradigmas tiveram por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 972.874/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 27/11/2008)

vinculantes *erga omnes* as decisões do STF nas ações de controle concentrado de constitucionalidade das normas, o que foi sobremodo acentuado na Constituição de 1988 (que ampliou o sistema e criou a ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental) e pela EC 3/93, com a criação da ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade, instrumentos mantidos e aperfeiçoados pela EC 45/04 (art. 102, I, a e §§ 1º e 2º; e art. 103). Ainda por força dessa Emenda à Constituição, foi instituída a súmula vinculante (CF, art. 103-A), instrumento típico de imposição de observância dos precedentes da Corte Suprema. Também no plano infraconstitucional a valorização dos precedentes é fenômeno igualmente bem visível e continuamente aprofundado pelo legislador. No regime original do CPC 1973, previu-se mecanismo de uniformização de jurisprudência e de edição de súmulas (art. 479), a evidenciar a preocupação com a adoção uniforme e isonômica da jurisprudência dos tribunais. Logo depois, a LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura), autorizou que, nos processos de competência do TFR, o relator negasse seguimento a recurso contrário a “*súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal*” (art. 90, § 2º), o que representou manifestação superlativa da força desses enunciados. Essa competência foi incorporada, por via pretoriana, pelos TRF's, a partir de sua criação, em 1989. Seguiu-se, no mesmo sentido, a Lei 8.038/90, que, em seu art. 38, autorizou o relator, no STF e no STJ, a negar seguimento a recurso contrário a “*súmula do respectivo tribunal*.” O movimento em direção à força dos precedentes (não apenas dos sumulados, mas também dos demais) foi acelerado com as reformas do CPC ocorridas a partir de 1994. A nova redação do art. 557 e de seus parágrafos autorizou o relator, nos tribunais, a, individualmente, negar seguimento a recursos, quando a decisão recorrida estiver adequada às súmulas ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores; e a dar-lhes provimento, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Pelos parágrafos 3º e 4º do art. 544 foi atribuída competência ao relator de Agravo de Instrumento em recurso especial e em recurso extraordinário para, desde logo, invocando jurisprudência ou súmula do STJ ou STF, conhecer do agravo e prover o próprio Resp ou o próprio RE. O parágrafo único do art. 481 instituiu o sistema de vinculação dos órgãos fracionários dos Tribunais aos seus próprios precedentes e, quando houver, aos do STF, nos incidentes de inconstitucionalidade. Em 1998, o § único do art. 120 trouxe autorização para o relator decidir de plano conflito de competência quando há “*jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada*.” Em 2001, o § 3º do art. 475 dispensou o reexame necessário das sentenças que adotaram jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente. Na mesma época, o art. 741, parágrafo único, passou a atribuir a decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas (mesmo em controle difuso), a eficácia de inibir a execução de sentenças a ele contrárias (verdadeira eficácia rescisória), o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, § 1º do CPC. No âmbito dos Juizados Especiais Federais, a força vinculante dos precedentes foi instituída como essencial ao funcionamento do sistema. Assim, o art. 14 da Lei 10.259/01 criou o mecanismo de “*uniformização de interpretação de lei federal*”, prevendo a eficácia vinculativa dos precedentes da “Turma de Uniformização” (§ 2º) e, sobretudo, da jurisprudência do STJ (§ 4º). Deu-se ali o passo inicial para o sistema de julgamentos uniformes de demandas repetitivas, seja no âmbito do incidente de uniformização (art. 14, §§ 5º a 8º), seja no âmbito dos recursos extraordinários (art. 15). Sistema semelhante foi implantado no âmbito dos juizados especiais estaduais, conforme se constata dos artigos 18 e seguintes da Lei 12.153, de 22.12.2009, realçando o papel uniformizador das decisões do STJ e a especial eficácia dos seus precedentes. Em 2006, o art. 518, § 1º passou a considerar descabida a apelação contra sentenças proferidas com base em súmula do STF ou do STJ (típica consagração da súmula impeditiva de recurso). No mesmo ano,

os art. 543-A e 543-B, ao disciplinar a “repercussão geral” para efeito de conhecimento de recursos extraordinários (art. 102, § 3º, da CF), reafirmaram notavelmente e deram sentido prático à força dos precedentes do STF. Desde logo, considerou-se como de “repercussão geral” a “*decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal*” (art. 543-A, § 3º). Instituiu-se também um sistema de decisão vinculante “*quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia*” (art. 543-B): o tribunal local seleciona “*um ou mais recursos representativos da controvérsia*”, a serem remetidos ao STF, ficando os demais retidos na origem; firmado o precedente pelo STF, ele servirá de norte para julgamento dos demais recursos (sobrestados) “*pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se*” (art. 543-B, § 3º). Caso isso não ocorrer, ao STF, segundo as normas regimentais, caberá “*cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada*” (art. 543-B, § 4º). Agora, em 2008, foi editada a Lei 11.672, de 08.05.08, que acrescentou o art. 543-C ao CPC, instituindo, para recursos especiais repetitivos, um sistema de julgamento semelhante ao da repercussão geral. Tal sistema, conforme referido, tem como base a outorga de peculiar força expansiva aos precedentes do STJ, instituindo fórmulas procedimentais para tornar concreta e objetiva a sua aplicação a outros casos semelhantes pendentes de julgamento. Esse panorama ilustra a elevada força que a Constituição e as leis atribuem aos precedentes do STF e do STJ. Embora não seja certo “*dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês*”, também “*será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva*”, anotou argutamente o Professor Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça, RJ: Forense, 2005, p. 59). No que diz respeito ao STJ, é importante considerar que, ao criá-lo com a missão de ser guardião da legislação federal (e, portanto, de seu intérprete oficial), a Constituição impôs ao Tribunal o poder/dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. Deu-lhe, também, como missão específica, a de dirimir as divergências dos tribunais locais na interpretação da lei federal, criando, para isso, até mesmo uma específica hipótese de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III, c). Portanto, a partir de 1988, existe no País um tribunal superior com a função (importante para a manutenção do princípio da isonomia e do próprio princípio federativo) de *uniformização* da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar *nomofilática*, entendida a nomofilácia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a *aclarar e integrar* o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades “*que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente*” (CALAMANDREI, Piero. La Casación Civil. Tomo II, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 104). O que se quer enfatizar, em suma, é que há, em nosso atual direito positivo, um panorama normativo que não pode ser desconsiderado: o da evidente eficácia expansiva e especial carga persuasiva dos precedentes do STJ, notadamente dos que são formados pelo sistema de julgamento estabelecido pelo art. 543-C do CPC, que, inegavelmente, geram reflexos importantes em relação aos demais processos que versam sobre a mesma matéria. Ora, essas circunstâncias não podem passar despercebidas ao aplicador da lei, especialmente da lei processual, a quem cumpre dar aos preceitos normativos uma interpretação atualizada à luz dos valores jurídicos supervenientes. Foi o que fez o acórdão recorrido em relação ao art. 265, IV do CPC, dele extraindo autorização para suspender o julgamento de recursos de apelação envolvendo questões objeto de recurso especial repetitivo pendente de julgamento no STJ. Ao assentar que, embora não seja obrigatória, é plenamente justificável, com base no referido

dispositivo processual, a suspensão do julgamento de apelações nessas circunstâncias, o acórdão recorrido nada mais fez do que reconhecer aquela natural e evidente força expansiva do precedente do STJ e dos inegáveis reflexos que irá gerar sobre os recursos suspensos. É, portanto, uma decisão afinada com o significado que o atual direito positivo brasileiro atribui ao precedente e aos efeitos que acarreta em relação aos casos análogos. Compreensão semelhante, *mutatis mutandis*, tem sido adotada pelo STJ relativamente a processos que tratam de matéria submetida a ação de controle concentrado de constitucionalidade (REsp 797.233/DF, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 03/05/2007; Resp 977.128/DF, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26/03/2008; Resp 798.523/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07/03/2007), cancelada por decisões análogas do próprio STF (v.g.: QO no RE 576.155-0/DF, Pleno, Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 20/10/2009; MC na AC 272-9/RJ, Pleno, Min. Ellen Gracie, DJ de 25/02/2005; MC na ADPF 33/PA, Pleno, Min. Gilmar Mendes, DJ de 06/08/2004; MC na ADC 11/DF, Pleno, Min. Cezar Peluso, DJe de 28/06/2007; MC na ADC 18/DF, Pleno, Min. Menezes Direito, DJe de 23/10/2008). 3. Ante o exposto, acompanho a divergência, para negar provimento. É o voto.<sup>263</sup>

A par do entendimento exarado nos julgados acima reproduzidos, também o Projeto de Novo CPC (PL n.º 8.046/2010) positiva inovações que avançam no sentido da valorização da jurisprudência, empurrando o sistema jurídico brasileiro para mais próximo dos sistemas da *common law*.

De fato, conforme ressalta ANDRÉ LUIS MONTEIRO, o Projeto de Lei n.º 8.046/2010 traz a observância da jurisprudência como princípio fundamental do funcionamento dos tribunais, o que, segundo o autor, se desdobra "... (a) no dever administrativo de editar enunciados, (b) no dever jurisdicional de vinculação dos órgãos fracionários e inferiores e aos precedentes superiores, em especial do STF e

<sup>263</sup> BRASIL. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 dez. 2012. No mesmo sentido, acórdão da relatoria da Ministra DENISE ARRUDA: "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 155, INCISO IX, § 2.º, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 3.º, VIII, DA LEI COMPLEMENTAR 87/96.[...] 4. Destarte, é certo que se encontra pacificado, hodiernamente, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento em que há "mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário." 5. Consectariamente, impõe-se a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso sub examine, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3.º, inciso VIII, da Lei Complementar 87/96, propugna a não incidência de ICMS sobre operação de leasing em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não. [...]. 11. Recurso especial provido. (REsp 959.387/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 24/08/2009)" Ibidem.



do STJ, bem como (c) no dever jurisdicional de modulação da jurisprudência dos tribunais superiores em caso de sensível alteração.”<sup>264</sup>

Nos exatos termos do art. 882 do Projeto:

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

No Projeto também existe a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas, nos artigos 930 até 941<sup>265</sup>, além da previsão da reclamação

<sup>264</sup> MONTEIRO, André Luis. Duas providências do Projeto de Novo Código de Processo Civil para o fim da chamada jurisprudência defensiva: uma evolução rumo ao pleno acesso à Justiça. **Revista de Processo**. ano 37, v. 204, fev. 2012. p. 270.

<sup>265</sup> “DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Art. 931. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 932. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

Art. 933.O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 930 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo. Coordenação de Comissões Permanentes - DECOM - P\_5369 Confere com o recebido em meio eletrônico PL-8046/2010

184

Art. 934.Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

Art. 935.O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Art. 936.Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Art. 937.As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.

Art. 938.Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Art. 939.O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

§ 1º Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 937.

Art. 940.O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput*, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

Art. 941.Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação observará o Capítulo VIII, deste Livro.” BRASIL – Senado Federal. **Projeto de Lei n. 8.046**, de 2010. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=921859&filename=Avulso+-PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=921859&filename=Avulso+-PL+8046/2010)>. Acesso em: 04 jan. 2012.

como instrumento voltado para preservar a competência dos tribunais, “bem como para garantir a observância dos precedentes formados em algumas circunstâncias, na forma dos arts. 942 a 947 do PL n.º 8.046/2010.”<sup>266</sup>

Constatada a aproximação entre as duas famílias do direito até aqui abordadas, juntamente com os demais elementos tratados ao longo da investigação, tem-se, agora, a possibilidade de demonstrar a necessidade de adoção dos precedentes obrigatórios, como forma de se garantir a efetividade da tutela jurisdicional e a efetivação dos direitos.

---

<sup>266</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 271.

Art. 942. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

- I – preservar a competência do Tribunal;
- II – garantir a autoridade das decisões do Tribunal;
- III – garantir a observância de súmula vinculante;
- IV – garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas;
- V – garantir a observância da tese firmada em incidente de assunção de competência.

Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 943. Ao despachar a reclamação, o relator:

- I – requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;
- II – ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 944. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 945. O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 946. Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 947. O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

## 5 EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS

### 5.1 CRISE DA TUTELA JURISDICIONAL: CERTEZA E SEGURANÇA JURÍDICA

Nos termos referidos anteriormente, no início do *civil law* o juiz não podia criar o direito, devendo-se limitar a aplicar mecanicamente a lei pelo método da subsunção. E assim o era, em verdade, em razão da previsibilidade inerente ao direito racional formal, verdadeira precondição para a implementação e o sucesso de um novo modo de produção e da economia de mercado.<sup>267</sup>

E, de fato, a questão da certeza/incerteza do Direito, ou segurança/insegurança jurídica, parece estar diretamente relacionada com fatores de mercado. Isto porque, na medida em que determinadas condutas são levadas até o Poder Judiciário e interpretadas em sentidos diversos por diferentes julgadores dentro de um dado contexto histórico, ocorre falta de previsibilidade (além de violação do direito à igualdade de tratamento), o que gera insegurança jurídica, que é onerosa do ponto de vista empresarial.

Explica-se esse ponto de vista, acredita-se, já que a técnica legislativa que adota as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados possui uma grande vantagem em relação à técnica anterior, inspirada em concepções liberais, no sentido de conferir mobilidade ao sistema. Contudo, também é inegável que em um sistema de ampla liberdade interpretativa dos aplicadores da lei, pode-se aumentar ainda mais as situações de casos semelhantes receberem tratamentos diferenciados pelo Poder Judiciário, gerando grande falta de previsibilidade das decisões e consequente insegurança jurídica.

---

<sup>267</sup> Ricardo Alexandre da Silva salienta que “as ações do Estado moderno, dotadas de previsibilidade e calculabilidade, fundamentam-se em um direito formal racional igualmente previsível, cujas sanções decorrem da subsunção dos fatos aos enunciados normativos.” SILVA, 2008, op. cit., p. 41. O mesmo autor também ressalta a relação de causalidade adequada entre o direito e o capitalismo, ao destacar, com base em Weber, que o direito racional, calculável pelos jurisdicionados, é uma das precondições para o surgimento da economia de mercado: “dessas precondições se destaca a previsibilidade do direito, salientando Weber que a ‘economia capitalista, para operar de modo racional, precisa poder confiar num judiciário e numa administração calculáveis’. Nesse ponto da análise confluem o Estado moderno, a burocracia, o direito e a jurisdição.” E continua: “a economia de mercado se assenta em uma previsibilidade de operações a exigir um direito igualmente previsível, assentado na legitimidade legal racional, correspondente à legalidade. A produção do direito é monopólio do Estado, de modo que a legitimidade do direito é aferida pela simples verificação de sua produção em conformidade com as regras legiferantes postas pelo próprio Estado.” E mais à frente conclui: “[...] um direito racionalizado compõe a base de causalidade do capitalismo moderno.” Ibidem, p. 42-43.

Nesse contexto, não apenas as leis, mas as próprias decisões a partir da interpretação destes textos jurídicos, ante a falta de inteligibilidade e coerência na análise de casos semelhantes, podem levar a uma situação em que “qualquer coisa poderia acontecer, por conta da radical indeterminação dos textos legais e da ausência de quaisquer bases razoáveis para preferir uma interpretação à outra”<sup>268</sup>, podendo gerar ilimitado poder discricionário da decisão.

Assim, parece natural, intuitivo até, que diante de uma situação de textos legislativos “imprecisos”, carentes de determinação no caso concreto, haja a adoção de precedentes destinados a guiar, orientar, os juízes, ou instituições judicantes (como os tribunais) na solução dos casos concretos, bem como os jurisdicionados, que poderão ter suas vidas afetadas de maneira igualitária (equivalente), pelos aplicadores da lei.

Destaque-se que a existência de uma univocidade interpretativa no que se refere à aplicação de regras de conteúdo indeterminado, ou aberto, é fundamental, no sentido de gerar uma moldura comum de interpretação e compreensão, possibilitando, assim, que indivíduos inseridos num mesmo contexto possam basear suas atitudes de forma segura, com razoável garantia de interpretar e conduzir-se de acordo com o que determina a lei, de maneira que sua conduta não será considerada ilícita numa eventual demanda judicial.

Como esclarece Neil Maccormick,

todo mundo sabe que o trabalho de legislar nunca está completo quando o texto de lei deixa o Parlamento. Durante o curso normal da execução da lei, problemas previstos ou imprevistos pelo legislador aparecerão, dizendo respeito ao exato escopo do texto legislativo, ou à sua justa aplicação a alguma situação que possa aparecer e que seja relevante o bastante para a parte afetada dispor-se a litigar sobre a questão. O processo final de concretização ou determinação (*determinatio* na linguagem tomista posta à nossa apreciação por Joohn Finnis) será que se dar por intermédio de uma decisão judicial.<sup>269</sup>

É inerente à ideia de Estado de Direito que os cidadãos tenham razoável certeza a respeito das regras e padrões “*segundo os quais sua conduta será julgada.*”<sup>270</sup>

<sup>268</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubens Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 2.

<sup>269</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 22.

Não se pode esquecer a advertência de Neil Maccormick que “a certeza é inatingível, e que o máximo que alguém pode fazer é almejar diminuir a incerteza da um grau aceitável.”<sup>271</sup>

Há que se destacar, também, que num sistema jurídico baseado em técnicas legislativas de redação das leis, a partir de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, gera uma maior liberdade no julgador na interpretação e aplicação da lei ao caso concreto. Essa discricionariedade do julgador na aplicação da lei, contudo (em como já afirmado na parte final do Capítulo 2), também só pode ocorrer dentro de certos limites estabelecidos pelo próprio sistema, de forma a evitar tratamentos desiguais para casos análogos.

Assim, a importância da adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, como limite a esta discricionariedade, coloca-se como uma forma possível de garantir a liberdade dos jurisdicionados, na medida em que possibilita uma linha de conduta mais clara a ser seguida pelos interessados, a partir de casos concretos similares – em que já houve o preenchimento do “vazio normativo”. Garante-se, assim, uma maior segurança jurídica aos indivíduos – e ao próprio mercado -, na medida em que se tem, previamente, uma linha de atuação mínima, a partir de parâmetros, ou fatos, previamente estabelecidos e capazes de dar concreção a norma anteriormente criada, a partir do precedente, e que também deverá ser aplicada ao caso concreto análogo.

A adoção de precedentes, portanto, num sistema relativamente aberto, permite, minimamente, a existência de regras preanunciadas, possibilitando um Direito claro e relativamente determinado.<sup>272</sup>

Não se está afirmando, com os argumentos até aqui apresentados, que a ausência de indeterminação e vagueza na forma de redigir as leis é sinônimo de segurança jurídica. Até porque, conforme ressaltado por Neil Maccormick,

---

<sup>271</sup> Ibidem, p. 15. O próprio Maccormick adverte que “teorias acerca do caráter indeterminado da linguagem lançam dúvidas sobre a possibilidade de existir a certeza jurídica proclamada pelos defensores do Estado de Direito. Esses problemas se tornam visíveis à medida que são apresentados argumentos para colocar em dúvida até mesmo aquelas que haviam parecido ser, até então, as certezas mais caras do Direito. [...] A ideia do caráter argumentativo do Direito parece jogar água fria nas ideias de certeza e segurança jurídicas. Se não pode haver certeza jurídica, como pode o Estado de Direito ter todo o valor que normalmente lhe é dado? Qual a perspectiva de se poder reconciliar essas duas ideias? A própria retórica seria a disciplina à qual teríamos que recorrer para tentar encontrar uma reconciliação convincente ou um equilíbrio entre dois lugares comuns em aparente contradição.” Ibidem, p. 19.

<sup>272</sup> Em sentido semelhante, ainda que num outro contexto, ver MACCORNICK, op. cit., p. 37.

A certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcionável (*defeasible*), sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcionável da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o Caráter Argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter. Esse fundamento é a concepção do direito de defesa construída dentro da ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos.<sup>273</sup>

O que se pretende afirmar, ao contrário, é que num sistema em que se emprega uma técnica de legislar baseada em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, por mais paradoxal que possa parecer, mostra-se necessária a adoção de precedentes vinculantes, à semelhança do sistema da *common law*, visando justamente diminuir o grau de incerteza do jurisdicionado diante da forma de construção da norma jurídica para o específico caso concreto, dando, assim, um passo em direção à segurança jurídica, na maior medida possível, tornando mais concretos e compreensíveis as regras de conduta num determinado momento histórico.

Talvez, a esta altura, diante de tudo o que foi acima descrito, poder-se-ia questionar qual a vantagem na adoção desta “nova” técnica legislativa, com redação de textos legais de forma mais aberta.

A vantagem, quer parecer, consiste justamente na maior mobilidade e flexibilidade do sistema jurídico, que poderia adaptar-se com maior rapidez às modificações sociais, inerentes a uma sociedade dinâmica caracterizada pela velocidade dos atuais meios de comunicação.

De fato, a modificação de precedentes, por meio de técnicas como a do *overruling*, é muito mais simples do que a revogação ou criação de novas leis.

Além disso, a partir da concretização dos textos legais, tendo por base a situação real deduzida em juízo, e com a conseqüente concretização/exposição do conteúdo normativo nas decisões judiciais emitidas pelos juízes, formando precedentes obrigatórios, facilitar-se-ia a tratativa de casos semelhantes de forma semelhante,<sup>274</sup> já que a decisão a ser proferida necessariamente terá início com um processo de argumentação construído a partir dos textos de decisões anteriores.<sup>275</sup>

<sup>273</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>274</sup> Afinal, conforme afirma Neil Maccormick, “para que uma certa pretensão seja justificada dados certos fatos, é preciso que qualquer caso com fatos basicamente similares possam ser de forma semelhante reconhecido como um caso no qual é veiculada uma pretensão igualmente justificada. Essa é a face oposta do princípio referido anteriormente, segundo o qual ‘casos semelhantes devem ser tratados semelhantemente.’” Ibidem, p. 63.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 75. Afinal, conforme esclarece o próprio Maccormick, “Assegurar o princípio do Estado

Da mesma forma, caminhar-se-ia no sentido de uma maior efetivação do Estado de Direito, no sentido de que as situações deduzidas em juízo sejam decididas apenas com base em “regras” produzidas anteriormente e (no caso, os precedentes judiciais).

Entende-se, inclusive, que quando da aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, seria muito mais fácil para um juiz, e mais seguro para o jurisdicionado, a justificação da decisão a partir da adoção de um precedente – utilizado como parâmetro para todo e qualquer caso semelhante.

E esta posição se reforça, quando se observa que atualmente, o juiz do Estado Constitucional, ao aplicar os direitos fundamentais e ao fazer o controle de constitucionalidade de maneira incidental, atua de forma semelhante ao poder judicial no *common law*,<sup>276</sup> introduzindo dentro do sistema jurídico, por meio da concreção<sup>277</sup>, situações que não foram expressamente previstas pelo legislador.

Aliás, os próprios doutrinadores do *common law* reconhecem, quando olham para o *civil law*, que nas decisões acerca de matéria constitucional, assim como nas que envolvem a aplicação de cláusulas gerais, em que é frequente a necessidade de dar concretude ao significado de conceitos jurídicos indeterminados, não há sequer como admitir a distinção, por alguns realizada, entre precedentes interpretativos e precedentes de solução (que criam o direito). Alega-se que, nesses casos, a interpretação tem tamanho alcance e é guiada por argumentos tão frágeis e vagos da lei escrita que a decisão poderia ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista da criação judicial do direito. Ou seja, tal decisão judicial poderia ser vista como criação do direito ou como interpretação judicial do direito.<sup>278</sup>

Pois bem. A Constituição tirou a supremacia da lei, modificando o conceito de Direito e de Jurisdição. Como consequência, o juiz deixou de ser servo da lei, já que o juiz do neoconstitucionalismo não está a ela adstrito, podendo extrair direitos e

---

*de Direito como uma condição desejável dos sistemas jurídicos exige não apenas que os silogismos normativos sejam possíveis. Exige também a possibilidade destes serem encapsulados dentro de uma prática interpretativa que exiba coerência entre todos os tomadores de decisão ao longo do tempo.” Ibidem, p. 81.*

<sup>276</sup> MARINONI, 2010a, op. cit., p. 40.

<sup>277</sup> Fabiano Menke explica que o termo concreção (*konkretisierung*), foi introduzido no meio jurídico pela doutrina alemã. Segundo o autor, “o esforço intelectual do operador do direito que trabalha com normas abertas, como o são as cláusulas gerais, é sobremaneira dimensionado. Por carecerem de complementação valorativa, o intérprete se vê obrigado a buscar em outros espaços do sistema, ou até mesmo fora dele, a fonte que inspirará e fundamentará a sua decisão. [...]” Assim, explica, “na aplicação do direito por meio da concreção, o juiz analisa o caso concreto em toda a sua potencialidade. Não parte apenas da compreensão da norma para perquirir se os fatos colocados em questão nela se encaixam. Consoante salienta Humberto Hávila, ocorre ‘uma mescla de indução e dedução,’ onde são analisadas todas as circunstâncias do caso: o conteúdo da norma, os precedentes judiciais e quaisquer outros elementos que venham a ser considerados relevantes.” MENKE, op. cit., p. 19-20.

<sup>278</sup> MARINONI, 2010a, op. cit., p. 48.



deveres a partir da Constituição. Para além disso, o juiz do sistema jurídico brasileiro pode, no controle incidental de constitucionalidade, afastar a aplicação da lei no caso concreto (por entendê-la inconstitucional), ou mesmo suprir a omissão do legislador, ao dar efetividade a um direito fundamental.<sup>279</sup>

A Constituição, portanto, fez surgir uma nova fonte de direito no *civil law*<sup>280</sup> - que é justamente a jurisprudência – para o qual o raciocínio subsuntivo, na aplicação do direito, mostra-se agora insuficiente.

Nesse diapasão, Sergio Chiarloni sustém que o direito jurisprudencial é adequado para um contexto em que a provisoriedade da norma é indicada para lidar racionalmente, em nível jurídico, com situações em que a revisão periódica das escolhas normativas é imposta pela rápida evolução do conhecimento e da tecnologia, como nos casos da tecnologia bioética e da tecnologia biomédica, em que uma recente descoberta, que hoje pode colocar em risco a liberdade e a saúde, poderia, num futuro próximo, representar um formidável meio terapêutico. Trata-se, segundo diz, de uma particular adequação de um direito que chama de horizontal, prevalentemente derivado da análise dos casos concretos, e, portanto, mais elástico no saber adequar-se à evolução da matéria objeto de regulação, ainda que dentro das diretrizes indicadas pelo legislador, ou mesmo na criação de Direito contra o mesmo legislador.<sup>281</sup>

Como consequência de toda essa transformação, pode-se dizer que o juiz do Estado Constitucional (brasileiro) tem um poder criativo maior que o do juiz do *common law* pois, ao contrário deste, não precisa respeitar precedentes.<sup>282</sup>

<sup>279</sup> Conforme explica Fabiano Menke, “à medida que modelos normativos abertos, vagos, carentes de precisão, passam a ocupar espaços destacados no sistema, como cada vez mais se vê no Brasil, há que se proceder a uma adaptação dos processos intelectivos dos envolvidos na prática. Uma das adaptações é representada pelo crescimento da importância da interpretação por meio da concreção, ao invés da mera subsunção de conceitos. E na concepção de conceitos, método mais adequado para trabalhar com as cláusulas gerais, passos importantes devem ser tomados pelo aplicador, e, principalmente, pelo julgador. É inegável que, conforme salientado, as cláusulas gerais põem em destaque ainda mais o papel do juiz, exigindo-lhe empenho e dedicação para a fundamentação de suas decisões.” MENKE, op. cit., p. 18.

<sup>280</sup> MARINONI, 2010a, op. cit., p. 42.

<sup>281</sup> CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto, op. cit.,. Nas palavras do autor: “C’è ora da aggiugire che il giudice crea a volte diritto contro lo stesso legislatores, che non succede i maniera plateale, nel senso di comandi giurisdizionali che si pongano in immediato e diretto contrasto con um chiaro comando normativo. Si trata piuttosto di ipotesi dove il giudice si avventura in terreni che appaiono esclusi dalla possibile applicazione di uma disciplina legislativa, chiaramente ristretta entro confini predeterminati.” Ibidem, p. 3.

<sup>282</sup> Nesse sentido, e num outro extremo, fala-se, inclusive, em judicialização das relações sociais e ativismo judicial, questionando-se a legitimidade democrática dos tribunais para criar o direito, em detrimento do parlamento.

Por isso mesmo, como alerta Marinoni,

o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança jurídica à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.<sup>283</sup>

Frise-se: em decorrência da maior flexibilidade na atuação do juiz, tem-se uma grande diversidade de decisões diferenciadas para casos similares, prejudicando significativamente a previsibilidade e a estabilidade do sistema judicial. Há, ainda, uma grande diversidade de pautas de conduta, como se fosse possível a existência de mais de uma lei regulando as mesmas situações. Como decorrência, é *a própria segurança jurídica que é colocada em xeque e, tendo por implicação uma certa crise da tutela jurisdicional*.<sup>284</sup>

Em outros termos, a segurança jurídica não está mais na letra fria da lei e no tratamento igualitário dos cidadãos perante as regras emanadas pelo legislador, mas, muito possivelmente, nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário<sup>285</sup>, as quais *“colaboram para a realização da expressão última do direito.”*<sup>286</sup>

Dentro desse contexto, e como já mencionado, além de se estabelecer

<sup>283</sup> MARINONI, 2010a, op. cit., p. 88.

<sup>284</sup> Eduardo Cambi lembra que *‘não há segurança jurídica se o direito for regido por convicções pessoais dos juízes, uma vez que isto daria ensejo a decisões imprevisas e incontroláveis, produzindo o caos no sistema jurídico. Mesmo quando é aplicado racionalmente, o direito pode gerar decisões diferentes sobre idênticas questões jurídicas. Por isto, é indispensável que existam Tribunais Superiores que uniformizem a aplicação da Constituição e da legislação infraconstitucional, esclarecendo como os princípios e regras jurídicas podem ser interpretados.’* E, em outra passagem mais à frente, ressalta: *“Se cada juiz interpreta a lei como quiser, as pessoas não sabem como se comportar diante do sistema jurídico. As regras deixam de ser compreensíveis. Cada um pode fazer o que bem entender. Se a conduta for questionada, a questão se resolve na sorte, ou no azar, de encontrar juízes ou Tribunais que interpretem a lei da mesma maneira.”* CAMBI, op. cit., pp. 150 e 162.

<sup>285</sup> Acerca dessa afirmação, mostra-se relevante a reflexão de Daniel Mitidiero: *“houve um tempo em que se imaginou que a igualdade no Estado poderia ser realizada mediante a igualdade perante a lei. Nessa mesma toada, imaginou-se que a proteção da segurança jurídica estava na possibilidade de certeza e estabilidade da legislação e a proteção da confiança na sua não retroatividade. O problema é que esse pensamento pressupunha um modelo em que se concebia a função do Poder Judiciário como sendo de simples declaração de uma norma preexistente outorgada pelo Poder Legislativo. Ocorre que esse modelo, se é que algum dia foi realizável, está muito longe do contexto cultural em que estamos inseridos. A partir da óbvia observação de que texto e norma não se confundem e de que a atividade jurisdicional constitui outorga de sentido a elementos escritos e não escritos do sistema jurídico – e, portanto, não pode ser vista como simples declaração, mas antes como uma reconstrução da ordem jurídica – fica muitíssimo clara a insuficiência de ter a legislação como momento único da juridicidade do Estado Constitucional. E se isso é verdade, então é necessário repensar qual o significado atual das decisões do Poder Judiciário. Vale dizer: é necessário perceber o papel da jurisdição no Estado Constitucional.”* MITIDIERO, 2011, op. cit., p. 87-88.

<sup>286</sup> Ibidem, p. 88.

limites ao poder criativo dos juízes, há que se pensar em formas de devolver uma certa calculabilidade e previsibilidade ao sistema – e consequente segurança jurídica – nos exatos termos em que adverte Teresa Arruda Alvim Wambier: “quando se pensa na previsibilidade, como objetivo a ser perseguido e alcançado pelo direito, não se quer com isso dizer que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas.”<sup>287</sup>

E dois desses mecanismos, acredita-se, podem ser utilizados nesse objetivo:

i) a adoção do já salientado sistema de precedentes obrigatório e ii) a valorização da participação em contraditório.

O tópico seguinte, relacionado ao item “ii”, tem por objetivo uma dupla empreitada: ao mesmo tempo em que se buscará enfrentar o tema do ativismo judicial (que se vê como decorrente do novo papel desempenhado pelo juiz no Estado Constitucional), tentar-se-á enfrentar a questão da possível falta de legitimidade democrática dos juízes para concretizar o direito a partir de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Nesse desiderato, será levada em conta a atuação do STF no controle de constitucionalidade, como *modelo de referência*, buscando-se ressaltar a participação em contraditório como mecanismo de legitimação da decisão que possa formar precedente e como limitação do poder criativo dos juízes.

## 5.2 A VALORIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO EM CONTRADITÓRIO: MECANISMO DE LIMITAÇÃO DO PODER CRIATIVO DOS JUÍZES E FORMA DE CONFERIR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA À FORMULAÇÃO DA DECISÃO AMPARADA EM CONCEITOS VAGOS

À semelhança do que já ocorre com o controle de constitucionalidade, especialmente no âmbito do STF, será cada vez mais comum o Poder Judiciário ser chamado para decidir situações consideradas difíceis<sup>288</sup>, relacionadas a questões

<sup>287</sup> WAMBIER, op. cit., p. 143.

<sup>288</sup> Não que os grandes problemas de interpretação estejam restritos aos casos difíceis, pois, como alertam Laurence Tribe e Michael Dorf, é um erro básico de interpretação supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos mais difíceis, nos quais o texto é vago ou ambíguo. Os autores citados, em seu livro “Hermenêutica Constitucional”, no tópico “lições dadas por dois séculos de Constituição”, trazem exemplos em que o texto constitucional é bem claro e, ainda assim, não evita discordâncias. TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica**

não previstas tipicamente em lei, reguladas por cláusulas gerais e por conceitos jurídicos indeterminados.

E justamente nesses, que poderiam ser chamados *hard cases* – em que o juiz não se limita apenas a “declarar a vontade do legislador”, por meio da análise fria da letra da lei, mas sim criar a regra jurídica necessária à solução de um determinado caso concreto, concretizando conceitos abertos e elaborando uma regra jurídica não prevista tipicamente pelo legislador – que o juiz atrai para si não apenas os olhares do Poder Executivo e da população, de forma geral, mas as luzes que talvez devessem iluminar, mais intensamente, o debate deliberativo inerente a outro poder: o Legislativo.

Não se quer com isso defender um modelo estanque de separação dos poderes, tal qual idealizado por Charles Lois De Secondat (ou simplesmente Barão de Montesquieu), próprio do liberalismo. Porém, mesmo com um arquétipo colaborativo entre os Poderes, entende-se que o delineamento de algumas diretivas são imprescindíveis para assegurar e implementar modelos condizentes com o Estado democrático e de direito (que juntos constituem o Estado constitucional), delimitando o novo papel criativo da magistratura, e uma justiça harmônica com os valores constitucionais.

Tendo em conta tudo isso, e com base nas elucubrações lançadas nos tópicos antecedentes, pode-se, agora, reafirmar que os conceitos vagos, ao modificarem substancialmente o papel do juiz, colocam o Poder Judiciário em relação direta com o Poder Legislativo<sup>289</sup> – já que o juiz é chamado a desenvolver funções que até então pareciam reservadas ao legislador.

Tanto é assim que, parafraseando Nicola Picardi, pode-se afirmar que o legislador, atualmente, deve resignar-se a considerar a própria lei como parte do direito, e não como todo o direito. Em outros termos, o universo jurídico acaba por

---

**Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Sem perder de vista a observação feita, e para os estreitos limites deste trabalho, entende-se casos fáceis como aqueles em que a situação fática se adequa facilmente ao texto legal, por mera subsunção, podendo-se inferir de maneira quase automática a consequência prevista. Por outro lado, casos considerados difíceis são aqueles em que a solução do problema não está no relato da regra, sendo insuficiente a mera subsunção. São casos em que há uma lacuna, sem uma solução pré-pronta, com razoável desacordo moral, tendo o juiz que construir, de forma argumentativa, a solução do caso concreto.

<sup>289</sup> Nicola Picardi, após explicar que a produção do direito pelos juízes tem aumentado em todos os sistemas jurídicos democráticos – o que tem sido comprovado por inúmeros estudos -, e que a expansão do judiciário constitui uma das principais novidades da evolução recente das democracias contemporâneas, obtempera que, uma vez desarticulado o modelo tradicional é possível levantar a questão dos limites entre os poderes, bem como da natureza dos poderes do juiz. PICARDI, op. cit., p. 50-51.

concretizar-se na atividade argumentativa da classe dos juristas, numa contínua interação de sujeitos que compartilham preparação e mentalidade semelhantes.<sup>290</sup> O autor fala, inclusive, em desarticulação do modelo tradicional e mistura dos poderes, com a mudança nas relações entre o Judiciário e os demais poderes institucionais. Para Picardi, as fronteiras entre jurisdição e legislação e entre jurisdição e administração, tornaram-se incertas, não faltando invasões de campo, tensões e conflitos, especialmente entre o sistema político e o sistema judiciário, colocando-se o juiz no centro do debate institucional.<sup>291</sup>

E esse novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário, com ampla função criativa, traz pontos positivos, mas também negativos, sobretudo no que se refere à arguição de falta de legitimidade democrática das decisões judiciais<sup>292</sup>, nas quais, casos enfrentados recentemente, e que apareceram com maior evidência na mídia - *como o do reconhecimento da união homoafetiva, o da Lei da Ficha Limpa, das cotas para os negros nas universidades, da fixação do aviso prévio por tempo de*

<sup>290</sup> "[...] il legislatore deve rassegnarsi a come <<parti>> del diritto, non come <<tutto>> il diritto. IN altri termini, l <<universo giuridico>> finisce per concretarsi nell'attività argomentativa della classe dei giuristi, in una continua interazione di soggetti che condividono preparazione e mentalità simili." Ibidem, p. 62.

<sup>291</sup> Ibidem, p. 67. O autor, inclusive, se questiona: "La giurisdizione assume, peraltro, il ruolo di fonte sussidiaria e flessibile; si è parlato, in proposito di <<source délicateuse>> o di <<diritto mite>>. Si tratta di una linea di tendenza che - in forme più o meno accentuate - appare comune alla civiltà giuridica accidentale. Sorge, così, una grave questione: fenomeni del genere possono segnare il passaggio dal Gesetzstaat al Rischerstaat, da uno stato a prevalente potere legislativo ad uno Stato a prevalente potere giudiziario?" Ibidem, p. 42. Nos termos advertidos por Eduardo Cambi, "há de se evitar os riscos de transformar a desneutralização política do Judiciário no indesejável governo dos juízes. Isso seria lamentável não somente pelo fato de os juízes não terem sido eleitos, ao contrário dos membros do Poder Executivo ou Legislativo, mas também por não terem os magistrados mandatos fixos e, mais, por gozarem das garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade, somente poderiam ser retirados de seus cargos por medidas extremas e excepcionais. Além disso, com maior razão, não haveria qualquer garantia de que um governo dos juízes seria moralmente melhor que o de representantes eleitos, uma vez que os valores e princípios constitucionais são maleáveis, por conta de sua tessitura aberta. Isso poderia conduzir a uma interpretação arbitrária de seus conteúdo e, conseqüentemente, conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, frente aos interesses reais dos cidadãos. A politização do Judiciário traz, também, o problema da legitimação de suas decisões. Os detentores de mandato político submetem suas decisões políticas à opinião pública, estando vinculados à vontade popular, a qual precede as escolhas dos governantes. A decisão política do legislador ou do administrador se legitima, pois, mais pela vontade popular que, pura e simplesmente, pela lei ou pelo ato administrativo praticado. Trata-se de uma enorme diferença em relação à atuação do Poder Judiciário, cujas decisões se legitimam pela mera aplicação do direito aos casos concretos." CAMBI, op. cit., p. 107.

<sup>292</sup> Consoante expõem Luiz Guilherme Marinoni, "[...] não há como negar que uma das questões mais importantes para a teoria do direito contemporânea é a da legitimidade da decisão jurisdicional, especialmente quando o juiz confronta a lei infraconstitucional diante dos direitos fundamentais, tarefa que lhe é imprescindível no Estado constitucional. Entra aí o problema da legitimidade da afirmação jurisdicional dos direitos fundamentais para controlar as leis editadas pelo parlamento ou, em outras palavras, o problema da legitimidade da decisão do juiz em face da decisão tomada pelos representantes da maioria." MARINONI, 2006, op. cit., p. 15.

*serviço, da utilização das células tronco e do nepotismo, dentre outros* – colocam em evidência certa *tensão* existente entre o Parlamento e a Corte, em especial a que se estabelece entre o ideal político da democracia e o ideal político do constitucionalismo<sup>293</sup>.

E, mais do que isso, colocam em questão a função desempenhada pelos juízes dentro do novo modelo jurisdicional implementado pelo Estado Constitucional, das vantagens/desvantagens da nova técnica legislativa, bem como dos limites ao poder criativo dos juízes.

O dilema de fundo, como adverte Nicola Picardi, não é quem deve comandar, mas como se controla quem comanda, já que não é tão importante o poder, e sua forma de legitimação, quanto o controle do exercício desse poder.<sup>294</sup> Trata-se, evidentemente, de uma situação complexa e de difícil equacionamento, já que se encontram em aparente contradição modificações relacionadas à forma de redigir as leis, que dão ao juiz um poder criativo semelhante àquele exercido pelo legislador - e que se pode dizer, próprio do constitucionalismo – e a democracia.

Visando equacionar essa tensão é que se buscará, nos próximos tópicos, analisar a nova função desempenhada pelo Judiciário, especialmente a partir do papel desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal desde a Constituição de 1988<sup>295</sup> na implementação de direitos não regulamentados pelo legislador, quando os Ministros, sobretudo em relação aos direitos fundamentais, *trabalham com regras e*

<sup>293</sup> Conrado Hübner Mendes salienta que “*certo senso comum da teoria constitucional costuma supor, implícita ou explicitamente, que parlamentos seriam a expressão mais direta do ideal democrático, enquanto que constituições e declarações de direitos, somados à instituição do controle judicial de constitucionalidade, seriam a manifestação do constitucionalismo. Controvérsias sobre quem deveria ter a última palavra em conflitos de direitos fundamentais, dessa maneira, são percebidas como uma tensão não apenas entre duas instituições – parlamentos e cortes – mas também entre dois ideais políticos – respectivamente, democracia e constitucionalismo. Se o primeiro ideal se propõe a realizar algum tipo de governo do povo, o segundo busca assegurar que o poder tenha limites. Por trás da interação entre duas instituições políticas, portanto, encontra-se o problema de como balancear as demandas procedimentais e substantivas desses dois ideais.*” MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em ciência política)- USP, São Paulo, 2008a. p. 01.

<sup>294</sup> PICARDI, op. cit., p. 42.

<sup>295</sup> Acredita-se que o STF, como guardião da Constituição, como órgão de cúpula do Judiciário e detentor da última palavra, é o local ideal para a análise que se pretende desenvolver, e que, a partir dela, por analogia - *especialmente em razão do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, em que se permite que qualquer juiz deixe de aplicar a Lei, se a mesma estiver em confronto com a Constituição, ou mesmo tomar medidas visando a implementação de direitos fundamentais* -, poderia ser estendida a todos as outras instâncias (STJ, Tribunais Estaduais, Federais, juízes singulares etc.), no que tange à concretização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Ademais, tanto no controle de constitucionalidade quanto na atuação a partir de cláusulas gerais, o pano de fundo que perpassa a discussão é o chamado ativismo judicial, facilitando, assim, o propósito comparativo.

*princípios que têm textura aberta e indeterminada.*

Assim, fazendo um paralelo entre a função desempenhada pelo órgão de cúpula do Judiciário no controle de constitucionalidade e da atuação dos juízes na concretização de cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados, buscar-se-á demonstrar a viabilidade e necessidade desse novo modelo de técnica legislativa, desde que apoiada em uma ampla e efetiva participação em contraditório, no âmbito do processo<sup>296</sup>, não apenas como forma de se conferir legitimidade democrática às decisões que possam originar precedentes, mas, sobretudo, *como uma forma de limite ao poder criativo dos juízes.*

Afinal, conforme Lênio Luiz Streck, o processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais, por pelo menos duas razões:

[...] a uma, porque, como cidadão, eu tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a duas, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente (de novo: isso serve tanto para o âmbito político como para o jurídico). Somente assim é que farei frente a uma dupla exigência da legitimidade, a mediação entre as autonomias pública e privada. Sou autor e destinatário de um provimento. Por isso é que tenho direito de participar efetivamente do processo.<sup>297</sup>

### **5.2.1 Possíveis objeções à atuação do Poder Judiciário a partir da análise da função desempenhada pelo STF**

Para análise que pretende se desenvolver no presente tópico, e dentro do limite e do objetivo delineado no item anterior, partir-se-á da avaliação do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, o qual, como órgão de cúpula do Judiciário, figura no ordenamento jurídico pátrio como guardião da Constituição e como detentor da última palavra em termos de questões constitucionais. Tal atuação, inclusive, é extremamente semelhante àquela desempenhada por qualquer juiz na concretização de conceitos abertos e

<sup>296</sup> Até porque, “o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, ser em si legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima.” MARINONI, 2006, op. cit., p. 16.

<sup>297</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A juristocracia do novo Código de Processo Civil**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

implementação da regra jurídica que irá regulamentar o caso concreto<sup>298</sup>. Ademais, justamente por ser o órgão de cúpula detentor da última palavra (com muito mais destaque que qualquer outro órgão do Poder Judiciário), pode proferir decisões que venham a constituir precedentes obrigatórios.<sup>299</sup>

Para tanto, dentro desse intuito comparativo, e buscando uma melhor compreensão, será feita uma análise a partir das seguintes questões: a atuação do Poder Judiciário, quando juízes suprem lacunas existentes do ordenamento jurídico – mesmo limitados pela Constituição e pelos direitos fundamentais – detém legitimidade democrática? Como equacionar o papel ativo do juiz, que cria o direito a partir de conceitos vagos, com os princípios democráticos? Ao exercer o controle de constitucionalidade e definir critérios não previstos em lei, sem o necessário debate com todos os potencialmente atingidos pela decisão, que tipo de relação passa a

<sup>298</sup> Acerca da inatividade, ou omissão do legislador, Nicola Picardi adverte que a mesma representa uma das causas principais da origem da transferência de poderes para o Judiciário, juntamente com as margens de abertura do tecido legislativo. Em relação à primeira, o autor afirma que se trata de um fenômeno em que a magistratura assume tarefas originariamente atribuídas a outros órgãos do Estado, substituindo-os. Conforme adverte, a inércia pode provocar rachaduras (“crepe”) ou lacunas (“lacune”) no ordenamento positivo. Em princípio, as lacunas podem ser preenchidas pelo juiz, mas não as rachaduras, que exigiriam a ação do legislador. Em suas palavras, *“chi può negare che l’inattività del legislatures favorisca il c.d. imperialismo latente dei giudici? Basti pensare alle sentenze additive, o meglio integrative, che rappresentano una forma di <<suplenza>> della Corte costituzionale nei confronti del legislatore.”* Em relação à segunda causa, Picardi afirma que não deixa de ser menos importante a constatação de que o tecido legislativo apresenta margens de abertura: *“Allo scopo di renderla disposizione adattabile alle situazioni concrete e/o mantenerla attuale nonostante il passare del tempo ed i mutamenti sociali, il legislatore è portato ad adattare, con maggiore frequenza, tecniche legislative elastiche, flessibile e sfumate.”* PICARDI, op. cit., p. 46.

<sup>299</sup> Importante destacar, aqui, que se optou por não tratar das súmulas (vinculantes ou não), a despeito de sua evidente falta de legitimidade (em razão da não participação das partes em contraditório, no processo de sua formação) em razão da diferença que este instituto possui dos precedentes obrigatórios, consubstanciada no fato de que as súmulas *“não tiveram a preocupação em garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade.”* Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni “[...] a distinção entre súmula e precedente não está em que a primeira é editada para permitir a resolução de casos futuros, enquanto o segundo apenas diz respeito a casos passados. Nem se diga que os precedentes, apenas eventualmente, influenciam a decisão dos casos futuros. Em verdade, os precedentes – quando obrigatórios -, objetivam garantir a unidade da ordem jurídica, assim como a segurança jurídica e a igualdade, e, nesta dimensão, são vocacionados para o futuro. Ademais, as súmulas, quando vistas como enunciado gerais e abstratos destinados a regular casos futuros, fazem esquecer que a sua origem está nos casos concretos, ou melhor, nos precedentes, e que, por isso, devem ser analisadas dentro do contexto em que estes estão situados. Sem a busca da história ou, ainda melhor, do DNA – por assim dizer – das súmulas, jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que determinada súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (distinguishing) para permitir a solução do caso sob julgamento. Da mesma forma, enquanto enunciado geral e abstrato, não será possível dizer que os valores que estiveram à base dos precedentes que lhe deram origem foram superados, de modo a justificar a sua revogação ou cancelamento.” MARINONI, 2010a, op. cit., p. 481-482.



existir entre controle de constitucionalidade, poder criativo, e democracia?<sup>300</sup>

### 5.2.2 A posição do STF de acordo com o ministro LUIZ FUX

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade encontra-se expressamente previsto na constituição e, em síntese, prevê o *controle concentrado* nas mãos do STF - com alguns legitimados expressamente fixados no texto constitucional – e o *difuso* – realizado de forma incidental em qualquer processo – que pode ser exercido por qualquer juiz.

Por meio do modelo constitucional escolhido, depositou-se confiança no papel do Direito e do Judiciário, como detentor da última palavra. Coube ao STF, nessa nova configuração, controlar, inclusive, a inércia do legislador, **à semelhança**<sup>301</sup> do que ocorre com a operacionalização de conceitos abertos.

Essa breve exposição serve de pano de fundo para analisar a entrevista concedida pelo Ministro Luiz Fux – veiculada no Jornal Valor Econômico<sup>302</sup> – da qual se depreende que o STF traveste-se claramente da vestimenta de “guardião da Constituição”, ou de “mantenedor da supremacia constitucional”, conforme a roupagem que lhe foi dada a partir da CF/88.

Na citada entrevista afirmou-se: “O ministro acredita que cabe ao STF tomar atitudes para cumprir a Constituição, como definir quantos dias tem o aviso prévio.” e “isso que se denomina de ativismo judicial é um pseudo problema; o tribunal é provocado e não pode se omitir.”<sup>303</sup>

<sup>300</sup> É claro que sem perder de vista as diferenças (e tão pouco as semelhanças) que existem na atuação do juiz que atua no controle de constitucionalidade e quando cria o direito a partir de conceitos vagos, as perguntas devem ser contextualizadas para a discussão que envolve a formação de precedentes obrigatórios, onde, igualmente, há a possibilidade de que os efeitos de uma decisão possam se irradiar para além dos estritos limites da lide, causando impacto mesmo para aqueles que não participaram do processo.

<sup>301</sup> Ainda que em relação aos conceitos vagos não possa se falar em inércia do legislador, mas, sim, em reconhecimento de que há situações que não podem ser previstas e que, por isso, são regulamentadas por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de forma que o legislador transfere ao juiz o poder de regulamentar determinada situação concreta inicialmente intangível ao parlamento. Contudo, a despeito disso, e nos termos da nota anterior, parte-se do pressuposto de que há semelhança na atividade do juiz que preenche os espaços dos conceitos vagos, conferindo-lhes sentido para o caso concreto (mas com efeitos que podem ir além dele), e a atuação do juiz que exerce o controle de constitucionalidade, inclusive suprimindo a mora do legislativo e regulamentando determinada situação a fim de possibilitar a efetivação de direitos fundamentais.

<sup>302</sup> BASILE, Juliano. “Código de Processo Civil será revolucionário”. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/imprimir/noticia/997988/politica/997988/codigo-de-processo-civil-sera-revolucionario>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

<sup>303</sup> Ibidem.

Após questionado se “O STF está atuando além da lei, quando se propõe a definir critérios para a concessão de aviso prévio?”, Fux disse que “essa é uma crítica indevida pelo seguinte: o Judiciário não age de ofício. Só age mediante provocação. Uma vez provocado, ele não pode se recusar a agir. Então, isso que se denomina ativismo judicial é um pseudo problema.”

Ainda, de acordo com o entrevistado:

O STF só age quando provocado. Há casos em que estamos regulando uma determinada situação e o objetivo maior é que se faça justiça completa. Vamos supor que o Estado intervenha na economia e cause prejuízo a algum segmento, como já aconteceu. O Judiciário pode entender que aquela intervenção estatal passa no teste da razoabilidade, mas, ao mesmo tempo, verifica que é preciso ressaltar alguma indenização para o segmento prejudicado. A constituição prestigia esses princípios. Ela coloca o homem como centro de gravidade da ordem jurídica. Ela defende, de um lado, o princípio da livre iniciativa e, de outro, o da propriedade. Temos que conciliar esses valores.

E, mais adiante, falando sobre a decisão que proferiu em relação à aplicação da “Ficha Limpa” para as eleições de 2010, asseverou: “não aceito a ideia de que o STF seja contra-majoritário, pois, na verdade, o STF sufraga a opinião pública, a vontade do povo que está na Constituição. Ali está a vontade fundante de um novo Estado.”<sup>304</sup>

O posicionamento adotado por Fux, ao que parece, não enfrentou adequadamente os questionamentos que lhe foram feitos e, em verdade, suas considerações apenas tangenciaram o debate acerca da compatibilidade entre o controle de constitucionalidade, nos moldes em que é feito no Brasil, e a democracia.

E por mais que se reconheça que *não* são contramajoritárias as decisões que preenchem de sentido cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados - a partir de elementos (internos ou externos ao sistema jurídico), que não estavam tipicamente previstos em lei – mostra-se necessário o enfrentamento deste debate, já que pode iluminar a discussão que envolve a formação dos precedentes<sup>305</sup>.

<sup>304</sup> Ao que parece, o Ministro Fux não se atentou para a advertência de JOHN HART ELY, ainda que num outro contexto. Segundo Ely, mesmo que se considere que o texto constitucional revela a vontade do povo, trata-se de um povo que faleceu há um ou dois séculos. E, de outro lado, deve-se admitir que não é possível atribuir um conteúdo inteligível a certas frases constitucionais apenas com base no texto e na história legislativa, sendo necessário lançar mão de um conteúdo externo. ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>305</sup> Isso porque, “quando a norma jurídica fixada pela jurisdição configura precedente obrigatoriamente

### 5.2.3 Há legitimidade democrática em decisões tomadas pelo Poder Judiciário, mesmo por um órgão de cúpula?

Na medida em que os juízes não são eleitos e não estão sujeitos à revisão de seus mandatos<sup>306</sup>, não existe lógica em defender a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre a constitucionalidade por ação ou omissão do legislador, seja por meio de um órgão de cúpula, no caso do controle concentrado, ou por intermédio de qualquer juiz, no caso do controle difuso.

Assim, partindo de uma concepção deliberativa de democracia<sup>307</sup> - sustentada nos ensinamentos de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella – e, partindo do pressuposto da irresolúvel tensão entre constitucionalismo e democracia, Miguel Gualano de Godoy sustenta que o controle de Constitucionalidade deve ser feito de forma excepcional, com uma atuação “que pode e deve ser pensada de outra forma, como atuações que também possam incorporar outros métodos e sugerir novos arranjos institucionais.”<sup>308</sup>

Para o autor, “são as maiorias e seus representantes, e não um grupo ilustrado de poucos juízes, que devem decidir como responder às questões morais e valorativas mais importantes de uma comunidade.”<sup>309</sup> Não se nega a importância da existência de um órgão de cúpula que faça a fiscalização e garanta o cumprimento dos procedimentos democráticos. Contudo, tendo como fundamento a liberdade de cada indivíduo em se autogovernar e ser tratado com igual respeito e consideração em relação aos demais, “devem ser os cidadãos e seus representantes, e não uma minoria de juízes, os responsáveis pelas questões morais mais relevantes que surgem em uma sociedade.”<sup>310</sup>

---

*aplicável a outros casos, há visível aproximação com a norma criada pelo legislador.”* MARINONI, 2010a, op. cit., p. 94. Além disso, a decisão que forma precedente é marcada pelo *déficit* de legitimidade originária que caracteriza o poder jurisdicional.

<sup>306</sup> Nesse sentido, conferir GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

<sup>307</sup> Segundo Miguel Gualano de Godoy, a democracia deliberativa “*parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão, tratando-os com igualdade.*” Ibidem, p. 28-29.

<sup>308</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>309</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>310</sup> Ibidem, p. 141.

Assim, para Godoy, para se garantir a legitimidade do processo democrático é preciso pensar o controle de constitucionalidade como via excepcional, além de se “repensar outras formas de se lidar com esse importante mecanismo jurídico.”<sup>311</sup>

Por sua vez, Conrado Hübner Mendes questiona a suposição de que o controle jurisdicional de constitucionalidade decorre da ideia de que as decisões políticas devem passar pelo crivo da reserva de justiça contida na Constituição, a partir do que entende o órgão de cúpula do Judiciário<sup>312</sup>.

O autor preocupa-se, sobretudo, com o fato de que a partir dessa cultura do constitucionalismo, o STF intitulou-se no poder de controlar a constitucionalidade não apenas de lei ou ato normativo federal ou estadual, mas também de emendas constitucionais.

Tal situação é de importância significativa, pois “praticamente não há questão pública relevante que não envolva alguma alteração da Constituição e que, por isso, não possa acabar sendo decidida, não por autoridades eleitas, e sim pelos juízes do Supremo.”<sup>313</sup>

Para Hübner Mendes, a sabedoria convencional da teoria constitucional,

[...] a saber, a suposição de que uma moralidade política baseada em direitos, expressa em cláusulas pétreas, necessariamente exija, para ser levada em conta por decisões políticas democráticas, a instituição do controle jurisdicional da constitucionalidade, tem um fundamento menos sólido do que em geral se imagina.<sup>314</sup>

A Constituição nomeou o Supremo Tribunal Federal como seu guardião. Contudo,

Se os membros do Tribunal não são eleitos, parece injustificável que possam invalidar uma decisão tomada pelo legislador representativo e, ainda, soa incompatível com a premissa enunciada acima, segundo a qual numa democracia ‘decidimos em conjunto, respeitando a igual autonomia e status de todos os cidadãos.’<sup>315</sup>

Nesse contexto, preocupa-se em mostrar os limites da justificativa hegemônica do controle de constitucionalidade (de reserva de justiça etc.) e

<sup>311</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>312</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Alsevier, 2008b.

<sup>313</sup> Ibidem, p. xviii.

<sup>314</sup> Ibidem, p. xviii.

<sup>315</sup> Ibidem, p. xxv.

rechaçar uma ortodoxia que chama de problemática. Assim, o autor defende que a missão de concretizar e encontrar o verdadeiro sentido de valores constitucionais não está ao alcance epistêmico ou prático dos tribunais. Argumentos constitucionais, afirma, devem ter recepção qualificada em qualquer foro de deliberação pública, e não se reduzem ao que o tribunal pensa sobre o assunto.

O que o autor propõe, então, conforme ele mesmo resume, é um novo ponto de partida: “o constitucionalismo transcende ao Poder Judiciário e este não é a última trincheira que protege cidadãos das arbitrariedades e omissões do Estado. A democracia precisa de proteção de direitos e de respeito à Constituição. No entanto, atribuir essa missão a um guardião judicial não deve nos tranquilizar.”<sup>316</sup>

Algumas das principais perguntas feitas dão o tom de seu posicionamento: “Como chamar de democracia o regime político no qual um punhado de juízes revoga uma lei sob a alegação de que esta viola a Constituição?” “Qual a configuração institucional mais legítima, do ponto de vista democrático para gerar decisões coletivas?” “Que espaço deve ocupar o Poder Judiciário e a Corte Constitucional?” “Se, em última instância, a Corte Constitucional decide sobre a regularidade dos atos parlamentares, a soberania popular não se esmorece?.”

Para o autor, se entendemos que numa democracia devemos ter algum papel na tomada de decisões que diretamente nos afetam, é contraintuitivo que juízes possam revogá-la.<sup>317</sup>

Assim, o controle de constitucionalidade – e mesmo a criação do direito a partir de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, pode-se acrescentar – surge como uma pequena fissura do regime democrático, para que se assegure um conteúdo mínimo de justiça substantiva.

Nesse ponto, Hübner Mendes ressalta que a teoria constitucional, e seu cerne (a jurisdição constitucional), deve ser vista como um problema e não como única resposta institucional possível à instabilidade da vontade da maioria. Não como única forma de proteger direitos, de evitar barateá-los sob a lógica majoritária. Isto porque, ao fim e ao cabo, “Alguma autoridade decide por último, e não há nada que assegure o acerto desta decisão.”

Hübner Mendes insiste que se “a constituição ‘justa’ poderá sempre aparecer como uma aspiração política moral, independentemente de qual instituição

---

<sup>316</sup> Ibidem, p. xxvii.

<sup>317</sup> Ibidem, p. 3-4.

tem a competência de proferir a última decisão. A revisão judicial não garante a supremacia da Constituição, mas da Corte. Ou melhor, da leitura que a Corte faz da Constituição.”<sup>318</sup>

O autor chama a atenção, também, que no Brasil há uma exaltação máxima e, em geral, patológica da jurisdição constitucional. Sequer pode o legislador fazer que sua interpretação prevaleça sobre a do STF. Assim, o problema não é petrificar certo núcleo da Constituição, mas petrificar a visão que o STF possui sobre essas disposições. Da forma em que se encontra, o sistema brasileiro pode impor barreiras incontornáveis a uma unanimidade sistemática e prolongada.

Em suma, a partir dos dois autores brasileiros, trabalhados neste tópico, as grandes questões que surgem são as seguintes: quem, num regime democrático, deve dizer a última palavra em termos de controle de constitucionalidade? E, em que medida, o debate que envolve a atuação do STF no controle de constitucionalidade pode ajudar na discussão acerca dos precedentes obrigatórios?

#### **5.2.4 Quem deve ter o direito de errar por último?**

Ante a nova função desempenhada pelo juiz no Estado Constitucional, entende-se ser imprescindível a discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição em sua totalidade. Afinal, ao decidir de maneira prospectiva sobre temas ainda não legislados (e, que, talvez, nem possam ser, ao menos a partir da técnica casuística tradicionalmente utilizada), o novo papel da magistratura parece arranhar a democracia.

Contudo, como alerta Conrado Hübner Mendes, não se trata de defender um argumento que idealiza o Parlamento, nem insistir num conceito purista de democracia representativa, que vê no legislador a mais genuína encarnação da soberania popular ou da vontade do povo.

Trata-se, sim, de demonstrar que num sistema em que são os juízes que definem o que é direito – inclusive proferindo decisões que podem produzir efeitos para além do caso concreto – é imprescindível a existência de algum elemento que possa conferir legitimidade a esta atuação, sem que se recaia num mero ativismo judicial. E aí que entra a necessidade de uma ampla participação em contraditório,

---

<sup>318</sup> Ibidem, p. 159.

não apenas das partes envolvidas no processo, mas de todos aqueles que possam ser eventualmente atingidos pelos efeitos de uma decisão que possa formar precedente obrigatório. É o que se verá no próximo item.

#### **5.2.5 Uma proposta de releitura do papel exercido pelo Poder Judiciário a partir de um contraditório amplo e efetivo**

O que se pretende, neste tópico, a partir das considerações feitas acima, é tentar responder os questionamentos suscitados - em particular aqueles lançados ao Ministro Luiz Fux, na entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico – bem como demonstrar, a partir destas respostas, que a decisão proferida pelo Poder Judiciário é legítima, quando, além de terem sido observadas as regras do procedimento, observe-se a ampla participação em contraditório.

A questão que perpassa todas as perguntas feitas é, justamente, a tensão existente entre controle de constitucionalidade e democracia, e, por consequência, os limites de atuação do Poder Judiciário – inclusive no que tange à concretização de conceitos abertos – de forma a não permitir que ele “ande para além dos seus sapatos”, recaindo no que se tem convencionado chamar, com certo tom pejorativo, de ativismo judicial.

Conforme mencionado acima, sobretudo no controle de constitucionalidade feito por um órgão de cúpula do judiciário – e também na concretização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados – há situações que deixam evidente a tensão existente entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Ao que parece, essa tensão fica ainda mais clara quando se trata do controle de constitucionalidade por omissão (em que o poder criativo do juiz fica ainda mais evidente), em que um dos remédios utilizados é o mandado de injunção<sup>319</sup>, instrumento jurídico inerente ao controle difuso de constitucionalidade, e que pode ser utilizado por qualquer cidadão.

Apenas a título de esclarecimento, de acordo com jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal<sup>320</sup>, “O mandado de injunção é garantia

---

<sup>319</sup> Outro instrumento para o controle de constitucionalidade por omissão, mas pela via concentrada, é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

<sup>320</sup> Cujá síntese pode ser extraída do voto proferido pela Ministra Carmem Lúcia, relatora dos embargos de declaração no mandado de injunção n. 2.924 do Distrito Federal. BRASIL. **Mandado de Injunção n. 2.924**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. 28 abr. 2011. Disponível em:

constitucional prestante, exclusivamente, a viabilizar direitos ou liberdades constitucionais, bem como a soberania, a cidadania e a nacionalidade, quando não puderem ser exercidos por ausência de norma regulamentadora (art. 5º, inc. LXXI, da Constituição da República).” E, “Para ser cabível o mandado de injunção, não basta que haja eventual obstáculo ao exercício de direito ou liberdade constitucional em razão de omissão legislativa, mas concreta inviabilidade de sua plena fruição.”<sup>321</sup>

Dessa forma, salienta a Ministra Carmem Lúcia – relatora do precedente citado: “é pressuposto do mandado de injunção a demonstração no plano fático da concreta inviabilidade do exercício de direito constitucional, em razão da ausência de norma que lhe dê eficácia plena.”<sup>322</sup>

Por meio dessa ferramenta, e ante a mora do Legislativo, o Poder Judiciário pode, por assim dizer, *realizar a tarefa inicialmente atribuída ao Poder Legislativo, regulamentando determinado direito previsto na Constituição, e cuja efetividade*<sup>323</sup>

---

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1161295>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

<sup>321</sup> Ainda, segundo a Ministra Carmem Lúcia, relatora do MI 2.924, “o Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento sobre a necessidade dos pressupostos de cabimento do mandado de injunção: [...] II. A existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente a nacionalidade, a soberania ou a cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, constitui pressuposto do mandado de injunção. III. Somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente a nacionalidade, a soberania e a cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora.” Ibidem.

<sup>322</sup> Ibidem.

<sup>323</sup> Para José Afonso Da Silva, “A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordens dos fatos.” É o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 66-67. Ingo Wolfgang Sarlet, afirma que “todos os autores citados partem da premissa de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais. Todas as propostas reconhecem, contudo, que determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação concretizadora por parte do legislador ordinário, razão pela qual também costumam ser denominadas de normas de eficácia limitada ou reduzida. [...] percebe-se que em todas as



*depende de lei.*

Mas quais são os limites dessa atuação, ao acolher pedido formulado num mandado de injunção, e regulamentar a aplicação de um direito previsto constitucionalmente, cuja efetiva implementação depende de atuação do legislador? O que legitima essa intervenção? E, no mesmo contexto, até onde pode ir o poder criativo dos juízes (inclusive ao trabalhar com conceitos abertos)?

Conforme adverte José Adércio Leite Sampaio, na apresentação do livro “A constituição parcial” de Cass R. Sunstein,

As restrições às cortes começam com um argumento bem conhecido pela literatura: muito mais do que seu caráter contramajoritário, os juízes ativistas são prejudiciais à democracia, porque acabam por inibir o desenvolvimento da virtude cívica. O recurso à política, ao contrário, diz Sunstein, tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo, por levar a compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. Mas há dois outros problemas sérios. Um diz respeito à incapacidade de o judiciário tornar eficazes as suas decisões, especialmente as que têm em vista reformas sociais. Outro, associado ao anterior, diz respeito ao fato de as decisões judiciais não considerarem todas as informações técnicas necessárias ao deslinde das questões nem dimensionam adequadamente as repercussões daquilo que impõem.<sup>324</sup>

Ademais, não se pode perder de vista a advertência feita por Laurence Tribe e Michael Dorf, de que as Cortes somente poderão trabalhar bem se forem humildes e cuidadosas.<sup>325</sup>

Definitivamente, a escolha feita pelo órgão julgador não pode ser totalmente aleatória, pois, em última instância, deve estar limitada pelo próprio conteúdo constitucional e pelos valores nele contidos. E, ainda que se admita que o critério de escolha por uma ou outra interpretação seja externo, a sua justificação deve se dar a partir da própria constituição. É assim que deve ocorrer a legitimação da decisão, pois um Estado constitucional necessita de decisões “razoáveis” que possam convencer os cidadãos e gerar paz social.

---

*classificações se destacam dois grupos de normas, quais sejam, aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma interpositio legislatoris.” WOLFGANG SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 224-225*

<sup>324</sup> SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. xxiii.

<sup>325</sup> TRIBE; DORF, op. cit. O que, de longe, não significa dizer que na adoção do sistema de precedentes, não se deva considerar as peculiaridades do caso concreto. Muito pelo contrário, deve considerar tais particularidades, sobretudo para garantir tratamento isonômico para casos semelhantes.

Por isso, ainda que se sustente que não há critério algum além da discricionariedade ou do sentido político (o que pode ser consequência da adoção de valores extraconstitucionais), deve-se dar alguma indicação acerca de como foi tomada a decisão para que o cidadão tenha uma explicação que supere o mero arbítrio.

Frise-se: ao fim e ao cabo, ainda que se possam utilizar valores extraconstitucionais de escolha, num sistema constitucional a construção da decisão jurídica depende da harmonização de regras, costumes, princípios e valores jurídicos, contidos no próprio texto constitucional.

E, por apresentar inúmeros aspectos de criatividade e de discricionariedade, exige-se que a decisão judicial seja adequadamente fundamentada, de forma que o julgador demonstre ter feito o uso racionalmente justificado dos seus poderes, por meio de uma motivação que explicita as razões da decisão, de forma a considerá-la aceitável<sup>326</sup>. *Para tanto, é imprescindível uma ampla participação em contraditório, não apenas das partes, mas de todos aqueles que possam ser potencialmente afetados pela decisão.*

Além disso, compartilha-se da posição de Cass R. Sunstein, no sentido de que é necessário testar o objetivo constitucional original, criando uma democracia deliberativa para beneficiar a ampla discussão entre os representantes e os cidadãos como um todo<sup>327</sup>.

É a democracia deliberativa, aliás, que

[...] oferece um importante aporte para que possamos repensar o nosso constitucionalismo, para que ele seja cada vez mais democrático, cada vez mais produto de um processo coletivo e público de discussão, a fim de que o Direito seja, de fato, nosso, popular.<sup>328</sup>

Necessário, igualmente, sempre que possível, um estudo multidisciplinar (com as ciências econômicas, ciências políticas, dentre outras), visando a um melhor aperfeiçoamento da decisão, a partir de fundamentos mais condizentes com a realidade econômica e social do País, sobretudo com o impacto da decisão em casos futuros, que deverão seguir a mesma direção.

<sup>326</sup> TARUFFO, op. cit., p. 29.

<sup>327</sup> SUNSTEIN, op. cit., p. 14.

<sup>328</sup> GODOY, op. cit., p. 169.

Para além disso, também não se pode esquecer de um outro importante fator, observado por Víctor Ferreres Comella. De acordo com o citado autor:

la elección de determinada acción en lugar de otra incorporará inevitablemente un elemento de arbitrariedad, pues aunque se estará actuando sobre la base de ciertas razones, se estará actuando también en contra de otras (las que apoyan una acción distinta) sin poder decir justificadamente que esas otras razones hayan sido derrotadas por las razones que apoyan la acción elegida.<sup>329</sup>

Aliás, uma das preocupações apresentadas na obra em questão – *que se aplica perfectamente à entrevista formulada com o ministro Luiz Fux* – é em relação ao juízo de constitucionalidade das leis, em razão das circunstâncias que dão lugar a uma “dificuldade contramajoritária”, já referida linhas acima.

De acordo com o autor, há uma menor legitimidade democrática de origem do juiz constitucional, pois “la ley que hay que enjuiciar proviene de um Parlamento elegido periodicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periodicamente por el electorado por sufragio universal.”<sup>330</sup>

Assim, a forma de discussão e julgamento de temas caros à sociedade, por parte do órgão de cúpula do Judiciário não eleito pelo povo e sem participação popular direta e efetiva (o que se aplica também ao STJ), deve cuidar para que não seja desativado o âmbito de discussão pública, resultando na despolitização ainda maior de cidadãos que já são em grande maioria, no âmbito político, eleitores passivos que apenas aprovam ou rejeitam posicionamentos consumados num arremedo de democracia plebiscitária.<sup>331</sup>

Além disso, deve-se incentivar e fortalecer o diálogo institucional e, a partir do que ensina Roberto Gargarella, buscar um processo de discussão coletiva, amplo, assegurando-se a participação no debate, em iguais condições, de todos aqueles que poderão ser potencialmente afetados pela decisão.<sup>332</sup>

<sup>329</sup> COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 32

<sup>330</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>331</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2000. p. 09-36; 77-181.

<sup>332</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.) **El derecho a la igualdad**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 133.

Mas de que forma essa situação relativa ao controle de constitucionalidade pode iluminar o debate que envolve a criação de precedentes obrigatórios, a partir da aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados?

É que em temas que têm evidentes reflexos para além dos casos concretos – e de interesse de toda a sociedade – e que pudessem gerar precedentes, seria necessária uma participação mais ativa não apenas das partes diretamente envolvidas no processo, mas também, ao menos no âmbito do STJ e do STF, dos cidadãos que pudessem sofrer os efeitos desta decisão. Esta intervenção se daria por meio de instrumentos jurídicos já existentes (como as audiências públicas e o *amicus curiae*), ou a serem criados, que viabilizem a efetiva participação social, fortalecendo a discussão e legitimando a decisão a ser tomada, de forma “cooperada.”

Assim, dentro da estruturação do Poder Judiciário e da atuação desenvolvida por seus órgãos de cúpula (STF e STJ), e da organização e divisão do poder – e tendo em conta a cooperação, ou diálogo entre poderes – seria possível visualizar o Poder Judiciário e o Poder Legislativo como duas faces de uma mesma moeda.

Entre esses poderes, portanto, não deveria haver apenas uma relação de tensão – até certo ponto uma especificidade da democracia moderna – mas de complementariedade e diálogo constante, sem perder de vista a observação de Chantal Mouffe, de que, no reino da política, uma vez garantida a pluralidade de valores, bem como a sua natureza conflitante, a indeterminação não pode ter a última palavra. A política exige *decisão* e, apesar da impossibilidade de encontrar um fundamento *último*, qualquer regime político precisa estabelecer uma hierarquia entre valores políticos.<sup>333</sup>

Por outro lado, conforme explica a mesma autora, tal consenso não pode existir sem um “elemento externo constitutivo”, que deixe nossos valores democrático-liberais e a nossa concepção de justiça permanentemente abertos ao desafio. Um projeto de democracia radical e plural tem de se conciliar com a dimensão de conflito e antagonismo da política. Esse é o ponto de partida para alargar a revolução democrática a um número crescente de relações sociais,

---

<sup>333</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gediva, 1996.

canalizando as forças agressivas de forma a tornar possível uma ordem democrática pluralista.<sup>334</sup>

Compartilha-se, portanto, da necessidade de que as decisões que formam precedentes obrigatórios sejam formadas a partir de uma relação dialógica e deliberativa (e sempre que possível com o legislativo) – da concepção de “democracia radical”, que é uma ideia habermasiana, que tem o claro intento de recuperar ideias clássicas de autodeterminação, igualdade política e participação nos processos públicos de tomada de decisão (inclusive no âmbito do judiciário), ou seja, *“uma forma de vida caracterizada pela prevalência do espaço público.”*<sup>335</sup>

Nesse sentido – utilizando-se da ideia de Chantal Mouffe em relação ao parlamento, mas em tudo aplicável também ao Judiciário – os tribunais não podem ser vistos como um lugar onde se pode aceder à verdade, mas como o lugar onde, mediante discussão e persuasão, deveria ser possível chegar a um entendimento quanto a uma solução razoável, jamais definitiva e sempre aberta ao desafio.<sup>336</sup>

Afinal, conforme adverte Ricardo Luiz Lorenzetti,

A corte pode impor decisões contra-majoritárias em defesa da Constituição e das minorias, mas é necessário que tenham certo consenso na comunidade para haver algum efeito, seja para impedir ou para pelo menos retardar as decisões legislativas ou da administração. Definitivamente, as decisões dos juízes constituem uma grande contribuição para a democracia deliberativa, mas não a substituem.<sup>337</sup>

E, em contrapartida, faz todo sentido, a partir das considerações feitas acima, relacionadas ao controle de constitucionalidade – mas estreitamente relacionadas ao ativismo judicial pertinente à concretização de conceitos abertos, em nível infraconstitucional – a defesa de um contraditório forte no âmbito do processo, de forma a garantir a legitimidade democrática das decisões judiciais obtidas pelo método do concreção, com ampla participação das partes envolvidas e de todos aqueles que, de alguma forma, possam ser afetados por uma decisão que possa gerar um precedente judicial.

<sup>334</sup> Ibidem.

<sup>335</sup> ARROYO, op. cit. O autor ainda explica que a democracia radicalizada se caracteriza pela participação direta dos indivíduos na gestão da coisa pública numa visão coletiva, diante de uma concepção política, mas desfrutando o cidadão de uma zona de não interferência, caracterizada pela autonomia individual. Trata-se da radicalização do princípio de participação democrática, em que o direito de participação na esfera pública é estendido a todas as pessoas com a expansão progressiva dos setores sociais e instituições. Ibidem.

<sup>336</sup> MOUFFE, op. cit.

<sup>337</sup> LORENZETTI, op. cit., p. 335.

Essa ampla participação em contraditório, contraposta ao dever de diálogo e de fundamentação do magistrado, consiste, inegavelmente, num limitador ao poder criativo do juiz, que, além de ter que se restringir aos limites constitucionais, deve demonstrar o enfrentamento de todos os fundamentos suscitados pelas partes.<sup>338</sup>

Até porque, a efetividade da participação é pressuposto da ideia de legitimidade do exercício do poder, conforme sustém Luiz Guilherme Marinoni.

A legitimidade pela participação decorre da *efetividade* da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação sem outorgar às partes as *condições necessárias* a tanto, implica negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da *jurisdição* e a efetividade da participação das *partes*, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os partícipes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional.<sup>339</sup>

### 5.3 RESPEITO AOS PRECEDENTES COMO FORMA DE GARANTIA DA EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS

Como visto, o paradigma iluminista adotado no CPC de 1973, revelou-se inapto para as necessidades jurídicas contemporâneas e para a adequada tutela de determinados direitos, mostrando-se insuficiente à concretização da justiça social, a uma tutela mais adequada dos direitos e a uma ordem jurídica mais justa.<sup>340</sup>

<sup>338</sup> A esse respeito, inclusive, Daniel Mitidiero explica que “se o contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida dever de debate - dever de consulta, de diálogo, inerente à estrutura cooperativa do processo. Como é de fácil intuição, não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebater aos fundamentos levantados pelas partes.” MITIDIERO, 2012, op. cit., p. 64.

<sup>339</sup> MARINONI, 2006, op. cit., p. 14. O autor ainda esclarece que “O conceito de legitimidade pela participação não se resume à simples influência das partes na formação da decisão; os autores que defendem esse enfoque procedimental geralmente destacam o aspecto dialógico (FISS) ou discursivo (ALEXY) da participação das partes no processo judicial. Isso significa que o processo não é visto como um cenário onde as partes deduzem suas preferências, tentando obter o máximo de benefício para os seus interesses particulares. O que as partes e o juiz perseguem é o entendimento orientado por ‘boas razões’, a busca de uma perspectiva imparcial, capaz de considerar respeitosamente os pontos de vista de todos os participantes. Nesse sentido é que a justificação de uma decisão jurisdicional deve ser dotada de ao menos duas características acentuadas por OWEN FISS (*The forms of justice*. Harvard Law Review, v. 93, p. 13, 1979): ‘A primeira é que uma razão não pode consistir numa preferência, seja uma preferência dos litigantes, do corpo político ou do juiz. O enunciado ‘eu prefiro’ ou ‘nós preferimos’ no contexto de uma decisão judicial, distintamente do de uma decisão legislativa, constitui meramente uma explicação, não uma justificação. Segundo, a razão deve de algum modo transcender as crenças pessoais, transitórias, do juiz ou do corpo político em direção àquilo que é correto ou justo.’ Ibidem, p. 17.

<sup>340</sup> Eduardo CAMBI salienta que “a nossa Constituição não assegurou o acesso à qualquer ordem

Por conta disso, as reformas efetuadas no código vigente e a ideologia que as perpassa (e que também impregna o projeto do novo código) buscaram, dentre outras finalidades, aumentar o poder dos juízes, especialmente por meio da técnica legislativa aberta, nos termos vistos nos capítulos 3 e 4. Em contrapartida, essas necessárias modificações trazem implicações de várias ordens, destacadas, nos itens 3.3 e 5.1, referentes, sobretudo, à segurança jurídica, em especial nos aspectos da estabilidade e previsibilidade.

Pugnou-se, assim, pela necessidade de adoção de mecanismos de controle do amplo poder conferido aos juízes, citando-se, dentre outros (e especialmente a valorização da participação em contraditório, vista nos itens 5.2 e seguintes), a adoção da técnica dos precedentes<sup>341</sup>, que ora se analisará mais detidamente.

---

*jurídica, mas o acesso à ordem jurídica justa. A partir dessa compreensão, é necessário buscar configurar um direito ao processo justo, baseado em meios técnicos, mas também éticos. O processo, para ser justo, deve, pois, estar voltado a concretização dos valores constitucionais, mesmo porque, se o mecanismo processual se prestasse à aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, seria melhor dificultar o acesso à justiça, pois, assim, poder-se-ia evitar o cometimento de uma dupla injustiça.” CAMBI, Eduardo. **Direito à prova no processo civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 34, 2000. p. 149.*

<sup>341</sup> Aparentemente contrário à adoção de um sistema de precedentes, no texto “A juristocracia do Novo Código de Processo Civil”, Lênio Luiz Streck faz pesadas críticas ao Projeto do Novo CPC, destacando o quanto segue: “[...] A estrutura do projeto deveria ser estruturada levando-se em conta o grande aumento da complexidade das litigiosidades no Brasil, pós 1988, que deixaram de ser bipolares (litígios individuais) e se tornaram coletivas, repetitivas e de interesse público (Public interest litigation). Poderia se alegar que o projeto faz isso, quando, por exemplo, tenta resolver o problema da litigiosidade repetitiva, com o reforço do modelo de padronização decisória, que faz crer que os litígios devam ser exterminados, após o proferimento de uma decisão modelar proferida por tribunais, sem que se perceba a completa ausência de uma teoria apta para a interpretação/aplicação dessa “padronização.” Só que, nesse ponto, o projeto peca hermeneuticamente. Faltou uma virada hermenêutica no projeto. Nele, há uma “falácia semântica” ou uma “crença na plenipotenciariade dos conceitos”, como se fosse possível a uma lei, a uma súmula ou a uma ementa jurisprudencial prever todas as hipóteses de aplicação de forma antecipada.[2] O projeto, nesse aspecto, peca por apostar em uma espécie de commonização do Direito de terrae brasilis, circunstância que está denunciada no livro O Que é Isto — Os Precedentes e as Súmulas Vinculantes (Lenio Streck e Georges Abboud; Livraria do Advogado, 2012). Assim, o projeto faz a façanha de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, porque aposta em uma espécie de conceptualização, e no positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes (eis aí o protagonismo judicial). Ou seja, sob pretexto de se livrarem das velhas posturas positivistas, os autores do projeto reafirmam tanto o velho como o “novo” (sic) positivismo. E durma-se com um barulho desses... O projeto, assim, nada mais faz do que “mais do mesmo.” Recupera pressupostos da dogmática jurídica, mas sacrifica os pressupostos filosóficos, que são a condição de possibilidade de o projeto se tornar compatível com o paradigma do constitucionalismo contemporâneo e não com posturas teóricas que, a pretexto de superar velhas fórmulas como “o juiz boca da lei”, nada mais fazem do que apostar em um “juiz protagonista.” Nada mais velho do que isso. Escopos processuais, instrumentalismo, agora com novos nomes. Não é “cisma” minha... Basta ler o projeto. [...] No processo brasileiro, o número de processos, a litigiosidade, as cautelares, etc. são o lobo da efetividade. Esse medo leva os utentes a abrir mão de “causas” para ficar com “teses.” Metaforicamente, o projeto propõe que os utentes escolhem entre isso que está aí (a barbárie) ou a civilização, em que os rios fornecerão leite e as árvores favos de mel. Assim, os utentes de terrae brasilis fazem, primeiro, um pacto de associação e, depois, um pacto de submissão...

### 5.3.1 O projeto de novo CPC. A necessidade do *stare decisis*<sup>342</sup>

Como visto, a técnica legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, adotadas pelo legislador no Projeto do novo Código de Processo Civil, confere maior abertura ao sistema (permitindo uma melhor adequação dos dispositivos legais à dinâmica realidade histórico-cultural concreta, fazendo justiça no caso concreto).

De fato, a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhman (vista no item 1.3), pode-se dizer que a porosidade criada pelos conceitos vagos permite que os elementos presentes no ambiente (portanto, fora do sistema) gerem perturbações que causam um ganho ao sistema jurídico, por meio do acoplamento estrutural. E a abertura do sistema, para o mundo externo, sem perder a capacidade de conversão (por meio do sistema binário), é o signo da evolução.<sup>343</sup>

Contudo, essa técnica legislativa favorece a possibilidade de soluções diversas, para casos semelhantes, aumentando a discricionariedade das decisões judiciais e potencializando a existência de contradições internas do ordenamento jurídico.<sup>344</sup> Por certo, diante de conceitos abertos, caberá ao juiz formular a regra jurídica para cada caso concreto que lhe for submetido. E esta escolha será tão mais arriscada, e potencialmente mais arbitrária, quanto menores, ou inexistentes, forem os critérios de controle ou de direcionamento das decisões judiciais.

Com efeito, não apenas em relação às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados, mas especialmente com eles, torna-se particularmente difícil, quiçá impossível, encontrar um resultado correto, restando "... uma considerável margem do discursivamente possível. Preencher esta margem com soluções mutáveis e incompatíveis entre si contradiz a exigência de consistência e o

---

*Delegando todo poder ao soberano, representado pelo protagonismo judicial. Uma espécie de "leviatã neoprocessual." Bom, o Estado Moderno começou assim... Só que... Bem, o resto da história todos conhecemos [...]"* STRECK, op. cit.

<sup>342</sup> Para os fins deste trabalho, entende-se como *stare decisis*, na esteira do pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, a eficácia vinculante dos precedentes, tendo surgido no curso do desenvolvimento do *common law*, para dar segurança às relações jurídicas. MARINONI, 2010a, op. cit., p. 18.

<sup>343</sup> "As operações do sistema, apesar de sofrerem influência do seu entorno, são realizadas a partir dos elementos próprios existentes no sistema, que são as comunicações. Ao mesmo tempo em que suas operações são fechadas, o sistema se abre de forma seletiva ao entorno." ARAÚJO, op. cit., p. 438.

<sup>344</sup> Para Michele Tarufo, "*il rischio che la decisione discrezionale e <<creativa>> si traduca in una scelta soggettiva ed arbitraria non è soltanto una eventualità teorica, ma è una possibilità quotidianamente presente nella prassi giudiziaria.*" TARUFFO, op. cit., p. 15.



princípio da universalidade.”<sup>345</sup>

Além disso - seja pelas dimensões continentais do País, pelos aspectos culturais, pela falta de preparo dos operadores do direito, voluntarismo ou mesmo pela falta de respeito aos precedentes – a aplicação dessa técnica legislativa implica a possibilidade do cometimento de arbitrariedades por parte do aplicador da lei. Estariam em xeque, portanto, a segurança<sup>346</sup>, a previsibilidade e a igualdade, colocando em risco, em última análise, os interesses inerentes a uma economia de mercado.<sup>347</sup>

Pode-se fundamentar essa conclusão com base em Weber, já que a *racionalidade material* gerada pela implementação legislativa dos conceitos abertos,

<sup>345</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 270.

<sup>346</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, ao tratar da atuação do juiz ante o princípio da legalidade, no sistema da *civil law*, salienta que “além disso, esta rigidez é razoavelmente suavizada por algumas técnicas empregadas recentemente na redação das leis, que consistem na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados ou abertos de cláusulas gerais. [...] Vê-se, portanto, que os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes atualmente nos sistemas de *civil law* são bem menos seguros e mais flexíveis do que aqueles que havia no período revolucionário.” WAMBIER, op. cit., p. 137.

<sup>347</sup> Por certo, sem segurança jurídica e previsibilidade, dificilmente haverá investimentos privados por parte do empresariado, nacional e estrangeiro, gerador de emprego e renda e do próprio desenvolvimento social. Nesse sentido vale citar um trecho importante da obra *Economia e Sociedade*, de Max Weber, de onde se infere: “O direito romano foi aqui (como também por outra parte) o meio para extirpar o direito material, em favor do formal. Este direito formalista, porém, é previsível. Na china, pode acontecer que um homem que vendeu a outro uma casa volte depois de um tempo e peça acolhida porque ficou na miséria. Se o comprador deixa de observar o antigo mandamento chinês de ajuda fraternal, os espíritos se agitam; por isso, acontece que o vendedor empobrecido volta para a casa como inquilino compulsório, sem pagar aluguel. Com um direito deste tipo, o capitalismo não pode operar; o que precisa é de um direito previsível como o funcionamento de uma máquina, sem interferirem aspectos ritual-religiosos e mágicos.” WEBER, 2009, op. cit., p. 519-520. Ilustrativa, ainda, uma outra passagem desta mesma obra: “A empresa capitalista moderna fundamenta-se inteiramente, sobretudo, no calculo. Para sua existência, ela requer uma justiça e uma administração, cujo funcionamento, pelo menos em princípio, possa ser racionalmente calculado por normas gerais fixas, do mesmo modo que se calcula o rendimento provável de uma máquina. Ele pode contentar-se tão pouco com a chamada ‘justiça de cadí’ (isto é, com sentenças que se baseiam no sentimento de justiça de juiz, em cada caso) ou com outros meios ou princípios irracionais de averiguação do direito, tais como existiam no passado por toda parte e continuam existindo no Oriente, quanto o pode com a administração patriarcal, que procede, segundo a tradição indiscutível e sagrada, porém irracional, das associações de dominação teocráticas ou patrimoniais da Ásia e do passado ocidental. Certamente, a circunstância de que, precisamente devido a seu caráter irracional, esta ‘justiça de cadí’ e a administração correspondente são muitas vezes venais permite o nascimento e a existência do capitalismo do comerciante e do fornecedor do Estado e de todas as formas do capitalismo pré-racionalista,” Ibidem, p. 530-531. Neil Maccormick afirma que a igualdade dos cidadãos diante de leis devidamente publicadas e prospectivas, a limitação do poder oficial em respeito a estas leis – alicerces da liberdade democrática e elementos essenciais para a estabilidade econômica -, não seria possível “se as leis e os argumentos a respeito delas tivessem apenas um simulacro de inteligibilidade. Nesse caso, quando chegasse o momento de aplicá-las, qualquer coisa poderia acontecer, por conta da radical indeterminação dos textos legais e da ausência de quaisquer bases razoáveis para preferir uma interpretação a outra.” MACCORMICK, op. cit., p. 2.

que diminui a previsibilidade, coloca em risco o valor segurança jurídica<sup>348</sup>. Com efeito, conforme esclarece David M. Trubek

A racionalidade substancial [...] é de certo modo, governada por regras – por isso é chamada de “racional” – mas tais regras são princípios de um corpo de pensamento externo ao direito, tal como uma religião, uma filosofia ética ou uma ideologia. Este tipo de direito será constantemente tentado a chegar a resultados específicos, ditados pelos valores das premissas deste conjunto externo de princípios, que não são nem gerais, nem previsíveis. Como não existe um sistema cognitivo que permita a um observador prever quando a estes resultados específicos irão ocorrer, este tipo de direito mostra um baixo grau de racionalidade.<sup>349</sup>

Assim, se, por um lado, o ideal de juiz boca da lei, de juiz funcionário do príncipe e mero executor da lei encontra-se superado, por outro, o sistema jurídico, no Estado Constitucional não se coaduna com um modelo em que o juiz cria livremente o direito, sendo necessárias tentativas de eliminar da discricionariedade do juiz o perigo do abuso, do subjetivismo e do arbítrio.<sup>350</sup>

Esse também parece ser o receio de Sérgio Chiarloni, quando salienta que o preço a pagar pela tese de uma concepção extrema da função criativa da jurisprudência e da reivindicação da liberdade interpretativa do juízo de mérito, é bastante alto, em termos de violação do princípio da paridade de tratamento entre os cidadãos, de imprevisibilidade das decisões e consequente aumento distorcivo da

<sup>348</sup> Se bem que, por um outro ponto de vista, essa possível diminuição da segurança jurídica (ao menos nos aspectos da previsibilidade e da estabilidade), poderia ser justificada, como modificação necessária para possibilitar segurança em momentos de crise (entendendo-se por crise, aqui, as dificuldades pelas quais poderia passar o ordenamento jurídico nos momentos de aplicação do direito ao caso concreto, em razão do conflito de valores, princípios etc., ou mesmo pela falta de uma determinada regra expressa a regulamentar uma dada situação concreta). Com efeito, utilizando-se de uma analogia, poderia dizer que quando se adota uma estrutura arquitetônica flexível, na construção de um edifício, confere-se a ele uma mobilidade necessária para ocasiões de intempéries, como, por exemplo, terremotos. Existe perda de estabilidade nesse empreendimento, o que é inegável. Contudo, uma perda necessária para possibilitar segurança em momentos de crise. Assim, se é possível dizer, por um lado, que a perda de estabilidade e previsibilidade gera diminuição do grau da segurança jurídica, por outro, poder-se-ia afirmar que essa perda é compensada pelo fato da decisão baseada em conceitos abertos estar recheada de uma racionalidade material, muito mais compatível com uma dada realidade empírica, e, portanto, muito mais rente ao caso concreto.

<sup>349</sup> TRUBEK, op. cit., p. 163.

<sup>350</sup> Cf. PICARDI, op. cit., p. 52,56. Até porque, conforme salienta Daniel Mitidiero, “*Estado Constitucional é o Estado em que há juridicidade e segurança jurídica. A Juridicidade – todos abaixo do Direito -, remete à justiça, que de seu turno remonta à igualdade. A juridicidade tem de ser dotada de racionalidade, o que conduz à necessidade de coerência – ou melhor, como lembra a doutrina, de ‘dupla coerência’ (double coherence). O direito à segurança jurídica constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas.*” MITIDIERO, 2012, op. cit., p. 69-70.

litigiosidade diante da Corte suprema, de sua perda de autoridade.<sup>351</sup>

Parece ficar evidente que a inexistência de critérios, ou de procedimento (i.e., limites), para a construção do direito nos casos que envolvem, sobretudo, conceitos abertos, pode levar a casuísmos injustificáveis, decorrentes de decisões particulares, as quais formarão decisões que integrarão uma jurisprudência que estará constantemente se cruzando e contradizendo no âmbito dos tribunais, gerando total falta de previsibilidade e consequente insegurança.

Ainda como consequência, a má administração da justiça decorrente desse fator, reforçará uma tendência que já existe atualmente, de oscilação e divergência na jurisprudência, tornando-a semelhante a uma prateleira de supermercado – parafraseando-se SERGIO CHIARLONI – em que os clientes (no caso os litigantes), podem facilmente encontrar o produto que estão procurando, tornando-se não uma fonte de direito, mas fonte de confusão<sup>352</sup>.

De fato, não havendo uma solução semelhante para casos semelhantes, ficando a critério do julgador realizar o trabalho de alfaiate, encontrando a solução que melhor se adapte ao caso concreto, abre-se espaço para possíveis violações do princípio da igualdade e crescente insegurança jurídica.

Em outros termos: a despeito da aparente ligação dessa nova forma de técnica legislativa com a tutela jurisdicional adequada e efetiva, surgem questionamentos quanto à possibilidade de desvios casuísticos - o que geraria inegável insegurança jurídica – suscitando a discussão quanto à necessidade de

<sup>351</sup> CHIARLONI, op. cit., p. 11-12.

<sup>352</sup> CHIARLONI, op. cit., p. 6-7. Apenas como exemplo do que foi afirmado Ticiano Alves e Silva cita a seguinte situação, até certo ponto extremamente constrangedora, recentemente ocorrida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: *‘No dia 12.04.2012, a 1ª Turma do STJ, ao julgar o AgRg no AgIn 1.368.507, rel. Mi. Napoleão Nunes Maia, reviu entendimento antigo, segundo o qual a tempestividade, por força da preclusão consumativa, deve ser comprovada no momento da interposição do recurso. No caso, o STJ entendeu ser possível a prova posterior da tempestividade da impugnação recursal. Especificamente, o recorrente comprovou a existência de feriado local quando o recurso que fora inadmitido por intempestividade já se encontrava no STJ. [...] Ocorre que, no dia 19.04.2012, ou seja, uma semana depois, o STJ ‘voltou atrás’: anulou a decisão, sob o argumento de que estavam presentes à sessão apenas três dos cinco Ministros que compõem a Turma. Além disso, consignou-se que o resultado representava mudança de entendimento em relação à jurisprudência já consolidada no STJ. Resultado: foi negado provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão que julgou o agravo de instrumento intempestivo.’* O que arremata o autor: “[...] o desenvolvimento de uma cultura dos precedentes passa também pela tomada de consciência de seu papel no sistema por parte dos próprios tribunais uniformizadores: afinal, um precedente chancela um entendimento que transborda do processo, determinando a conduta de pessoas que não são partes na demanda; que assumirão a partir dali comportamento em conformidade com a novel posição do Tribunal. Exige-se responsabilidade decisória: não pode o tribunal dizer uma coisa hoje e depois de uma semana dizer outra completamente diversa. Isso causa insegurança” SILVA, Ticiano Alves. *Jurisprudência banana boat. Revista de Processo*. Ano 37, v. 209, jul. 2012. p. 290-291.

adoção de técnicas de controle na aplicação destes novos dispositivos.

Ademais, como adverte Nicola Picardi, a sentença do juiz não exaure os seus efeitos em si mesma, já que ela se encaixa no contexto geral do ordenamento, realizando valores de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento.<sup>353</sup>

E já que discricionariedade é equiparada a poder em senso próprio – uma vez que, de acordo com a literatura sociológica, adquirir poder é adquirir discricionariedade e, perder poder, é perder discricionariedade – é preciso diminuí-la.<sup>354</sup>

Com esse desiderato – e apenas como exemplo de uma das possíveis formas de diminuir a discricionariedade<sup>355</sup>, devolver previsibilidade e gerar estabilidade – pode-se citar a situação citada por Fabiano Menke, o qual destaca que na Alemanha esta técnica de controle se dá por meio da adoção do método de grupo de casos, o chamado *Fallgruppenmethode*, que funciona como auxiliar do intérprete das cláusulas gerais. De acordo com o autor

Por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas. Parece ter lugar uma nova configuração da argumentação, no sentido de que ela não busca a justificação da adequação de determinada cláusula geral ao caso em questão, mas sim a possibilidade de comparação entre o novo caso com os já decididos.<sup>356</sup>

<sup>353</sup> PICARDI, op. cit., p. 61.

<sup>354</sup> Ibidem, p. 55. E, logo à frente, o autor complementa: *“Il diritto <<vigente>> risulta, pertanto, non tanto dalle norme in sè considerate, quanto dalle argomentazioni giuridiche contenute nelle sentenze norme, o comunque, vengono considerate tali.”* Ibidem, p. 61.

<sup>355</sup> A técnica do grupo de casos é citada, aqui, como mera demonstração de que o respeito aos precedentes não é a única forma de se diminuir a discricionariedade do juiz. Contudo, por não ser objeto da investigação, dentro do recorte teórico proposto – até porque, quer parecer, o método do grupo de casos parece bastante similar à técnica do recurso repetitivo, já positivada no código em vigor, mais especificamente no CPC 543-C -, não haverá o aprofundamento da técnica citada, centralizando a argumentação em torno do tema dos precedentes.

<sup>356</sup> MENKE, op. cit., p. 22. Mais à frente, o autor cita o posicionamento de Kamanabrou, para quem, *“nos primeiros casos, quando ainda não houver um grupo definido, deve-se lançar mão da interpretação sistemática, além de se observar os preâmbulos e as exposições de motivos das leis, se disponíveis, e, a partir deles extrair os valores que integram o sistema jurídico.”* Ibidem, p. 24. O autor também traz críticas feitas ao método de grupo de casos, por um autor chamado Ralph Weber, destacando que o citado método. *“[...] é que passa a se desenvolver, ganhando vida própria, obscurecendo a cláusula geral a que se refere. Weber faz a crítica de que os casos individuais integrantes do grupo de casos acabam por tornar quase que exclusivamente a função de preenchimento valorativo da cláusula geral, afastando a perquirição acerca de novos valores.”* Ibidem, p. 25. Adiante, sustenta serem bastantes factíveis às críticas feitas por Ralph Weber, dizendo que *“é bastante razoável o seu alerta no sentido de que o super-desenvolvimento jurisprudencial pode fazer com que a espiral do grupo de casos acabe por sufocar a cláusula geral*

Outra forma de se impor limites ao poder criativo do juiz<sup>357</sup>, com o desiderato de diminuir os riscos de que a discricionariedade se transforme em arbítrio, é o respeito aos precedentes<sup>358</sup>, cujo fundamento de utilização “é constituído pelo princípio da universalidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual.”<sup>359</sup>

Por meio do respeito aos precedentes pode-se buscar o que Michele Taruffo chama de congruência sistemática das decisões jurídicas, como condição de aceitabilidade no ordenamento jurídico.

Para o autor, a congruência da decisão em relação aos precedentes é aquela frequentemente encontrada na prática, e consiste em estabelecer se a decisão é ou não fruto da aplicação de regras de julgamento já utilizadas em casos idênticos ou similares.<sup>360</sup> Em síntese, explica, o precedente realiza os valores de igualdade, coerência e de continuidade do ordenamento, permitindo a inserção das decisões singulares em contextos mais amplos. É por meio do precedente que se obtém a reconciliação entre a exigência de certeza e confiabilidade do ordenamento e a exigência de flexibilidade do direito e de abertura e adaptabilidade às mudanças que caracterizam a dinâmica do sistema jurídico atual.<sup>361</sup>

Nas palavras do jurista italiano, “é a congruência ao precedente que

---

*original e a sua característica de abertura, dando lugar a uma nova espécie de subsunção, onde a premissa maior passe a ser integrada não pelo tipo legal, mas sim pelo tipo judicial, o conjunto de precedentes.” E, após ponderar a polêmica instaurada entre Weber e Axel Beater, conclui: “acolhendo-se em parte os argumentos de ambos, pode-se chegar a um termo médio aristotélico, com o reconhecimento da importância do precedente para a interpretação das cláusulas gerais, e consequentemente do grupo de casos, todavia sem erguê-lo ao status de método único. Conforme mencionado, e seguindo os passos da doutrina de Humberto Ávila, outros elementos, como a pré-compreensão, a finalidade concreta da norma, a valoração judicial dos resultados da decisão e o consenso, entre outros, poderão e deverão influenciar o julgador.” Ibidem, p. 29*

<sup>357</sup> Michele Taruffo defende que somente o poder absoluto pode ser arbitrário, isentando-se de qualquer controle. Contudo, defende, no Estado moderno, os poderes que o juiz exercita devem submeter-se a controle, com o intuito de não se tornarem absolutos e arbitrários. TARUFFO, op. cit., p. 28.

<sup>358</sup> Para uma crítica em relação à utilização dos precedentes, conferir Lenio Luis Streck, no texto ‘A juristocracia no Novo Código de Processo Civil’. STRECK, op. cit. (ver nota de rodapé 342, supra).

<sup>359</sup> ALEXY, op. cit., p. 268. Em sentido similar, Eduardo Cambi destaca que “a razão fundamental para seguir um precedente decorre do princípio da universalidade, ou seja, a exigência, imposta pela justiça como qualidade formal, de se tratar casos iguais de modo semelhante.” CAMBI, op. Cit., pp. 150-151.

<sup>360</sup> Taruffo, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto, op. cit. p. 25. É claro que não se desconsidera o fato alertado por Robert Alexy, de que uma das dificuldades decisivas do uso dos precedentes é que nunca há dois casos completamente iguais: “sempre se encontra uma diferença.” E diante disso, esclarece, “o verdadeiro problema se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças.” ALEXY, op. cit., p. 268.

<sup>361</sup> TARUFFO, op. cit., p. 26.

funciona como meio de coerência da decisão individual com o resto do ordenamento, garantido a continuidade das mudanças, e as tendenciais características cumulativas das mudanças jurídicas.”<sup>362</sup>

Além disso, Michele Taruffo também ressalta que nos próprios fundamentos do precedente é que se localiza a instância de universalização dos critérios de decisão do caso individual, o que representa uma garantia fundamental de racionalidade das decisões.<sup>363</sup> Conforme sustenta, mesmo considerando que os precedentes, frequentemente, são incoerentes, contraditórios mutáveis e muito numerosos, não se pode negar a função essencial que desenvolvem na legitimação da decisão individual, que passa a ter uma congruência sistemática. De fato, conforme o pensamento do doutrinador em destaque, a decisão individual se insere com maior facilidade no ordenamento, tornando-se congruente, quando segue um precedente ou faz referência a uma jurisprudência constante e consolidada.<sup>364</sup>

Não é diferente o pensamento de Robert Alexy, ao afirmar que “Com a garantia de estabilidade, o uso do precedente traz também uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito.”<sup>365</sup>

No Direito brasileiro, após sugerir que não é conveniente admitir que o Judiciário exprima em um mesmo instante histórico, várias interpretações para a mesma lei<sup>366</sup>, Luiz Guilherme Marinoni sugere a necessidade de uma maior utilização dos precedentes - com uma aproximação entre as jurisdições do *civil Law* e do *common Law* – rendendo-lhes maior respeito, já que, “num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há outra alternativa para ser preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica.”<sup>367</sup>

Com esse desiderato, inclusive, o Projeto do novo CPC, PL n.º 8046/2010,

<sup>362</sup> “[...] è la congruenza al precedente che funziona come médium della coerenza della singola decisione con il resto dell’ordenamento, garantendo la <<continuità nel cambiamento>> e il tendenziale <<carattere cumulativo>> del mutamento giuridico.” Ibidem.

<sup>363</sup> Ibidem.

<sup>364</sup> Ibidem.

<sup>365</sup> ALEXY, op. cit., p. 269. De forma similar, Eduardo Cambi também destaca que “O precedente garante a estabilidade ao direito, contribuindo para assegurar, ao mesmo tempo, a certeza jurídica e a proteção da confiança nas decisões judiciais. Isto ocorre porque o precedente é ora uma forma de manter a tradição jurídica, consolidada no passado pela sua utilização racional e reiterada, ora como um modo de olhar o futuro, quando serve para moldar os julgamentos referentes às questões jurídicas diferentes ou novas, antecipando a formação de outra corrente jurisprudencial.” CAMBI, op. cit., p. 156.

<sup>366</sup> MARINONI, 2009, op. cit., p. 204.

<sup>367</sup> Ibidem, p. 11,58.

mantém a súmula vinculante, a repercussão geral (já previstos no texto constitucional), bem como consagra o recurso especial repetitivo, a possibilidade de decisão monocrática pelo relator e o julgamento liminar de improcedência.<sup>368</sup>

Contudo, especificamente em relação à vinculação aos precedentes, o Projeto demonstra timidez, sendo este um dos principais pontos que ainda merece reflexão. Afinal, conforme lembra Luiz Guilherme Marinoni,

[...] o Projeto perde enorme oportunidade de explicar a necessidade de vinculação aos precedentes no direito brasileiro. Se a outorga de sentido aos textos é dada mediante a reconstrução de elementos jurídicos à disposição do juiz no momento da aplicação do Direito, então é certo que a norma não preexiste ao momento de sua interpretação/aplicação. Logo, para promoção do império do Direito é preciso vinculação às normas concretas formuladas pela jurisdição. Em uma perspectiva geral, a nova teoria das normas (princípios, regras e postulados) e a nova técnica legislativa, com emprego de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, impõem para promoção da supremacia um sistema baseado em precedentes vinculantes. Em uma perspectiva particular, de reconstrução normativa para a solução do caso concreto, para que exista atendimento fiel ao dever de motivação das decisões judiciais, é preciso atentar para a necessidade de fundamentação específica quando há colisão de princípios, afastamento de regas, densificação de termos indeterminados e determinação de congruências jurídicas não previstas expressamente pelo legislador. Infelizmente, com a máxima venia, o projeto peca nestas duas frentes: omite-se na instituição de um sistema de precedentes vinculantes e normatiza de maneira equivocada e incompleta o dever de motivar nas situações problemáticas antes apontadas.<sup>369</sup>

Com efeito, e conforme já mencionado anteriormente, “não se pode ignorar que de uma maneira ou de outra as cláusulas gerais imprimem no sistema uma certa dose de imprevisibilidade e de insegurança, à medida que têm a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto.”<sup>370</sup> Contudo, existe necessidade de um mínimo de certeza, estabilidade e previsibilidade – que pode ser gerado por meio de um sistema de precedentes obrigatórios – o que é inerente, aliás, à própria ideia de Estado de Direito, afastando-se o voluntarismo e o arbítrio por parte do aplicador da lei.<sup>371</sup>

<sup>368</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 269.

<sup>369</sup> MARINONI; MITIDIERO, op. cit. p. 54.

<sup>370</sup> MENKE, op. cit., p. 29.

<sup>371</sup> De acordo com David M. Trubek, “*apenas a racionalidade lógico-formal pode manter o ‘sistema de regras abstratas consistente’ necessário para a dominação legal. Nenhum outro tipo de pensamento jurídico pode criar normas sistemáticas gerais e garantir que elas, e apenas elas, determinarão a forma final das decisões jurídicas.*” TRUBEK, op. cit., p. 162-163. Ainda, de acordo com este autor, neste ambiente de racionalidade, o Homem “*vive em um universo de valores altamente determináveis. Ele sabe, ou pode aprender, quais são seus deveres e direitos, pois pode prever com um alto grau de certeza quando a coação jurídica será empregada, e, ao mesmo tempo, sabe que nenhuma outra fonte de controle social restringirá o comportamento que o direito*

Daniel Mitidiero, inclusive, reforça esse posicionamento, quando sustenta que “a norma judiciária tem de ser respeitada para que o império do direito floresça e frutifique,” já que, “é com relação à norma judiciária que se tem de pensar quem se propõe a realizar a igualdade, a segurança e a confiança em qualquer ordem jurídica. Trata-se de ponto de insuspeita importância para a reforma da organização judiciária brasileira e, pois, para uma nova Justiça Civil.”<sup>372</sup>

Nesse sentido, inclusive, a propósito da utilização do sistema de precedentes no contexto aqui defendido, deve ser citado um julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que foi evidenciado o compromisso do Poder Judiciário com a justiça e a segurança:

PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.<sup>373</sup>

Cite-se, ainda, em abono às considerações defendidas, trecho do voto de Humberto Gomes de Barros, no julgamento do AgRg no Resp n. 382.736, da relatoria de Castro Meira

Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.<sup>374</sup>

---

*permite.*” Ibidem, p. 166.

<sup>372</sup> MITIDIERO, 2011, op. cit., p. 89.

<sup>373</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 228432/RS**. AgRg nos EREsp 228432/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/02/2002, DJ 18/03/2002, p. 163. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2013.

<sup>374</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp n. 382.736**. Relator Castro Meira. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2013.



Certamente, a introdução do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, levaria à implementação de outros princípios, que são a estabilidade, previsibilidade e segurança. Isto porque, os precedentes obrigatórios funcionariam como vetores de conduta, no sentido de tirar do vácuo o conteúdo da regra, tornando mais razoável a escolha dos cidadãos. E, constituindo-se numa espécie de sistema de *freios e contrapesos*, possibilitaria a igualdade de tratamento entre aqueles que recorrem à tutela jurisdicional, além da previsibilidade das decisões<sup>375</sup>, acabando com a loteria jurídica que se tornou o resultado de uma demanda judicial. Da mesma forma, possivelmente, diminuiriam os números de recursos de ações judiciais, pois um dos efeitos da previsibilidade das decisões seria criar uma espécie de pauta de conduta em todos os jurisdicionados.<sup>376</sup>

E nem se alegue que a adoção de um sistema de precedentes no Brasil, a exemplo do que ocorre nos países da *common law*, implicaria um retrocesso às mudanças legislativas implementadas, no sentido de se retirar o grande benefício dos conceitos abertos, que é conferir maior mobilidade ao sistema jurídico, que não estaria engessado pela técnica casuística.

Isso porque, conforme ensina Michele Taruffo, a conformação do juiz ao precedente não implica que este deva cristalizar-se em uma regra fixa e imutável para cada caso sucessivo, já que mesmo nos ordenamentos que são historicamente inspirados em versões mais rigorosas do *stare decisis*, sempre se reconheceram técnicas que permitem a não aplicação do precedente<sup>377</sup> tais como o *overruling* e o *distinguishing*.<sup>378</sup>

<sup>375</sup> Sergio Chiarloni, no âmbito do direito italiano, demonstra ideia semelhante: “*Le proposte per la reinstaurazione di questi valori sono radicali: approvazione di norme che da un lato introducano nell’ordinamento il principio stare decises e, dall’altro, prevendano la possibilità del c.d. overruling dichiarativo da parte della Corte suprema. Si vorrebbe insomma una parificazione dell’efficacia e delle modalità di applicazione del precedente giurisprudenziale a quelle vigenti negli ordinamenti di common law.*” CHIARLONI, op. cit., p. 8.

<sup>376</sup> Eduardo Cambi aponta que existem várias razões relacionadas ao respeito pelos precedentes: “a) torna as decisões judiciais mais céleres, melhorando a eficácia da atividade decisória; b) dá maior credibilidade aos juízos de instâncias inferiores, diminuindo o risco de que suas decisões sejam reformadas; c) permite que os jurisdicionados saibam como a regra ou princípio deve ser interpretado, assegurando a certeza e a uniformidade na aplicação do direito; isto promove princípios da igualdade e da segurança jurídicas (incluída, nesta, o princípio da confiança, isto é, a exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos); d) observar o precedente é uma garantia de racionalidade, concebendo o direito como integridade (ou seja, proporciona, aos jurisdicionados, uma concepção coerente e racional do direito aplicado) e a justiça como regularidade (tratamento igual aos casos essencialmente iguais; afinal, não seria razoável nem justo que casos iguais fossem resolvidos de maneira diferente por um mesmo juiz.” CAMBI, op. cit., p. 162.

<sup>377</sup> TARUFFO, op. cit., p. 27.

<sup>378</sup> Conforme explica Robert Alexy, “é possível que um caso seja igual a outro anteriormente decidido

À guisa de conclusão, a necessidade de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios pode ser fundamentada a partir de Luhmann. Isto porque, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, ao conferirem um amplo poder criativo aos juízes, diminuem a *normatividade das expectativas*, aumentando a complexidade e a contingência, além de gerar insegurança. E isso decorre não apenas do amplo poder criativo dos juízes (cujo julgamento, até certo ponto, torna-se imprevisível), mas também do fato de que os conceitos abertos também geram amplas possibilidades de conduta, mesmo em situações análogas que exigiriam comportamento similar – muitas delas, ou até mesmo todas elas, totalmente defensáveis.

Portanto, de uma parte ou de outra, é imperativo que a possibilidade de escolha, ou de seleção da conduta socialmente adequada, não possa ser feita de forma livre, ou em outros termos, exercida à vontade. Assim, os precedentes, como materialização de uma escolha em um determinado espaço/tempo - e que constituem uma escolha mais limitada de expectativas e comportamento, gerando segurança jurídica – surgem como um mecanismo que serve para diminuir a complexidade e a contingência<sup>379</sup>. Como consequência, os precedentes obrigatórios,

---

*em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser seguir apenas o princípio da universalidade, seria impossível essa decisão diferente. Mas a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio de inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso.”* ALEXY, op. cit., p. 268. E, mais adiante, o próprio Alexy esclarece que “[...] a técnica do *distinguishing* serve para interpretar de maneira estrita a norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do fato hipotético não existente no caso a ser decidido, de modo que não seja aplicável a este caso. Com isso, o precedente continua sendo respeitado. A técnica do *overruling*, ao contrário, consiste na rejeição do precedente. [...] tanto o *distinguishing* quanto o *overruling* devem ser fundamentados.” Ibidem, p. 271. Eduardo Cambi explica que “o precedente deve ser revisto toda vez que se tornar obsoleto, em razão das mudanças das condições históricas, econômicas ou sociais que possam influenciar na decisão do caso sucessivo. Também não deverá ser aplicado quando as circunstâncias presentes nos casos posteriores são peculiares e não se enquadrem no julgado anterior, fazendo surgir novos precedentes. Enfim, os precedentes podem ser colocados em discussão toda vez que surjam novos argumentos capazes de alterar o posicionamento anterior afinal, um consenso elaborado discursivamente somente se mantém controlado, isto é, capaz de evitar erros, quando é capaz de ser, permanentemente, questionado.” CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 170.

<sup>379</sup> “Quando a quantidade de elementos dentro de um sistema aumenta, fica difícil manter a relação de um elemento com outro, o que gera o aumento de complexidade e a necessidade de seleção interna. O sistema reduz a complexidade de seu entorno ao selecionar os elementos necessários

ao determinarem alternativas, podem ser vistos, tal qual o próprio Direito, como facilitadores (ou estabilizadores) de expectativas, disponibilizando “trilhas” de expectativas generalizadas congruentemente, isto é, “de indiferença altamente inofensiva em contraposição a outras possibilidades, que diminui consideravelmente o risco de expectativa contrafática, reduzindo a complexidade e a contingência.”<sup>380</sup>

---

*Mas a seleção é um dado contingente e o aumento da contingência implica em aumento de imprevisibilidade. É por meio da diferenciação dos elementos que o sistema busca, mediante a comunicação, reduzir a complexidade. Ao resolver a complexidade de seu entorno, o sistema se especializa e aumenta a sua capacidade de seleção e de comunicação, distanciando-se da entropia (morte). As sociedades complexas são altamente diferenciadas. Deste modo, ao se abrir para o seu entorno, o sistema recebe dados novos, através da contingência. Em outras palavras, um dado novo, a contingência, surge do entorno para o sistema, devendo o sistema com a contingência lidar.”* ARAÚJO, op. cit., p. 439.

<sup>380</sup> LUHMANN, 2005, op. cit., p. 135. Ao falar sobre os embates contra a compreensão formalística, promovidas pelo movimento *Critical Legal Studies*, nos EUA, Habermas destaca que “A crítica casuística pode ser resumida numa tese da indeterminação. No entanto, ela não afirma que o desenlace de processos judiciais é puro e simplesmente indeterminado. É provável que qualquer pessoa com tino prático seja capaz de emitir prognósticos acertados. É preciso ter em mente, porém, que o desenlace dos processos judiciais é indeterminado somente no sentido de que ele não pode ser prognosticado a partir de situações jurídicas claras. Pois não é o texto da lei que determina o juízo. Nas frestas da decisão dos juízes, imiscuem-se argumentos; e, através de preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais, introduzem-se interesses não confessos, ao invés de bons argumentos. As reações revelam que esse tipo de crítica é capaz de sacudir a consciência normativa dos juristas. Todavia, é preciso sustentar, contra a análise sistêmica de Luhmann, e também contra a autocompreensão dos *Critical Legal Studies*, que esse tipo de auto-reflexão ‘disfuncional’ do sistema jurídico, que sai de dentro da própria prática de argumentação jurídica, só é possível porque essa prática trabalha com suposições de racionalidade que podem ser nomeadas e utilizadas contra a prática existente. Aparentemente, a institucionalização da argumentação conforme ao processo carrega consigo um aguilhão autocrítico capaz de romper a auto-ilusão que Luhmann falsamente interpreta como necessidade do sistema. Certamente a volumosa literatura sobre a indeterminação da prática de decisão dos tribunais contradiz a sabedoria convencional que M. Kriele, por exemplo, coloca em campo contra a interpretação funcionalista desenvolvida por Luhmann em torno das argumentações jurídicas: ‘Parece que Luhmann desconhece o argumento decisivo para a função legitimadora dos processos: ... Eles aumentam a chance de que todos os pontos de vista relevantes venham à tona e de que a ordem temporal e objetiva de prioridades seja discutida da melhor maneira; e, por isso, eles aumentam a chance de uma justificação racional da decisão. A institucionalização continuada de processos aumenta as chances de que as decisões do poder do Estado tenham sido justificadas no passado e venham a ser justificadas no futuro [...]’ Entretanto, esta verdade traz à tona suposições de racionalidade, as quais continuam praticamente eficazes, enquanto puderem funcionar como medidas contrafáticas e apelar para a crítica e a autocritica dos envolvidos. Estas suposições de racionalidade somente perderiam seu significado no momento em que perdessem sua função de medida. Com isso, porém, qualquer tipo de crítica do direito perderia seu fundamento. A crítica que se repete, desde que surgiram as escolas do realismo jurídico, fala contra a teoria de Luhmann. Porém os próprios resultados dessa crítica revelam que a autonomia do sistema do direito não pode ir muito longe. Pois a autonomia do sistema jurídico não é garantida pelo simples fato de todos os argumentos de procedência não jurídica serem anexados a textos de leis e revestidos com a linguagem do direito positivo. [...] A crítica imanente ao positivismo jurídico, desenvolvida por Fuller até Dworkin contra as posições de Austin, Kelsen e Hart, revela que a aplicação do direito tem que contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios. Em termos luhmannianos, isso significa que, no código jurídico, se introduzem conteúdos do código moral e do código do poder; neste sentido, o sistema jurídico não é ‘fechado’. Além disso, uma auto-referência, linguística do sistema jurídico, assegurada pelo código jurídico, não pode impedir que se imponham estruturas latentes de poder, através dos programas jurídicos emitidos pelo legislador político ou na figura de argumentos,

Ademais, a utilização das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados não pode significar o aumento da complexidade, a ponto de que casos iguais não sejam tratados de forma igual, pois, conforme salienta Juan Antonio Garcia Amado,

A complexidade do sistema será adequada e se poderá dizer, para Luhmann, que é justo, quando seu grau de complexidade seja o máximo compatível com as consistências das decisões dentro do sistema. O direito poderá aumentar sua complexidade, mas somente até o ponto em que não impeça que as decisões que nele recaem sejam consistentes, i.e., que se tratem os casos iguais de forma igual. Por exemplo, um direito puramente casuístico, que atendesse a todas as variáveis concorrentes em cada problema que se julga, não cumpriria com esse requisito. A sem ele não seria o direito garantia de expectativas confiáveis e estáveis.<sup>381</sup>

Portanto, acredita-se ter demonstrado a necessidade de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios (que deveria ser discutido e implementado já no projeto do novo CPC) - baseado numa ampla participação em contraditório nas decisões que pudessem gerá-los (conforme item 5.2) – tendo em conta que estes permitem a utilização adequada da técnica legislativa que adota cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, delimitando o âmbito de atuação do Poder Judiciário (e controlando o poder criativo dos juízes), além de possibilitar que os jurisdicionados que se encontram nas mesmas posições jurídicas sejam tratados igualmente. Permite, ademais, não apenas a igualdade, mas a valorização da administração da justiça, a estabilidade, a previsibilidade e a segurança jurídica na maior medida possível, constituindo-se em verdadeira garantia da efetividade da adequada tutela dos direitos.

---

*através dos quais interesses, irrelevantes do ponto de vista jurídico, têm acesso à jurisdição. Tudo indica que o conceito de autonomia sistêmica, apesar de sua referência empírica, nada tem a ver com a intuição normativa que ligamos à 'autonomia do direito'. Consideramos que a prática de decisão judicial é independente, porém, somente na medida em que os programas jurídicos do legislador não ferem o núcleo moral do formalismo jurídico e, sem segundo lugar, na medida em que as considerações políticas e morais, que se introduzem inevitavelmente na jurisdição, são fundamentadas, não se limitando a simples racionalizações de interesses juridicamente irrelevantes. Max Weber tinha razão: somente se levarmos em conta a racionalidade que habita no próprio direito, poderemos assegurar a independência do sistema jurídico. No entanto, como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito."* HABERMAS, op. cit., p. 227-230.

<sup>381</sup> AMADO, op. cit., p. 338.

## 6 CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa procurou-se deixar claro o posicionamento do autor, buscando, em cada tópico, lançar algumas conclusões sob o tema objeto de estudo.

Neste momento, por uma questão didática e sistemática, e a título de considerações finais, cumpre novamente referenciá-las:

1) No contexto do Estado Constitucional constata-se a mudança da técnica legislativa, uma vez que a adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados passaram a ocupar lugar de destaque na elaboração das leis, antes ocupado exclusivamente pelo modelo da tipificação, próprio do Estado Liberal.

2) A diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais é que, os primeiros estão previamente estabelecidos em Lei, isto é, estão inseridos no texto normativo, e carecem de preenchimento, sendo que as consequências para o descumprimento da regra que o contém já foram previamente fixadas pelo legislador; já as segundas são muito mais amplas, no sentido de possuir um grau de indeterminação significativamente maior, de forma que ao aplicar e concretizar a norma para o caso concreto, o intérprete também tem de construir as consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários.

3) A subsunção, própria da técnica legislativa da casuística, mostra-se insuficiente neste novo cenário, dando lugar a outros métodos de interpretação, como a concreção.

4) A técnica dos conceitos abertos possui grandes vantagens em comparação ao modelo casuístico, como, por exemplo, conferir maior mobilidade ao sistema jurídico.

5) O sistema jurídico é um sistema autopoietico e autorreferente, que se reproduz a partir de si mesmo, sendo normativamente fechado (LUHMANN). Contudo, em vez de ser sempre o mesmo, há “poros” (que nesse caso são justamente as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados) - que o tornam cognitivamente aberto – permitindo a entrada de “ruídos externos” (acoplamento estrutural), vindos do ambiente, e possibilitando um aprendizado e constante evolução do sistema, ao deixar que a realidade social nele penetre e com ele interaja.

6) A flexibilidade advinda dos conceitos abertos permite ao juiz construir a regra que possibilita decisões mais próximas do caso concreto, conferindo ao

sistema uma maior racionalidade material (WEBER), pautada em valores extrajurídicos. E ao se conferir mais racionalidade material ao sistema (introjetando-a na racionalidade formal), amplia-se o âmbito de adequação entre decisão jurídica e realidade empírica, em contraposição à decisão estritamente formal, que possui maior dificuldade de ajustamento na realidade.

7) Da mesma forma, verificou-se, a partir destas mudanças, uma inegável aproximação entre os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* – além de uma maior efetividade da Tutela Jurisdicional e consequente efetivação de direitos.

8) Todavia, em contrapartida a essa desformalização do direito, há um significativo aumento do poder criativo dos juízes, podendo gerar arbitrariedades (como o tratamento desigual de casos semelhantes, e que, por uma questão de lógica, deveriam receber o mesmo tratamento); falta de previsibilidade e de estabilidade, com diminuição do grau de segurança jurídica.

9) Assim, por mais paradoxal que possa parecer, em razão do amplo poder criativo conferido aos juízes, e para evitar que casos análogos recebam tratamento diferenciado, constata-se a necessidade de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios – de forma que as decisões proferidas por instâncias superiores sejam observadas não apenas por elas mesmas, mas por juízes de instâncias “inferiores” – permitindo aos cidadãos pautarem adequadamente suas condutas e gerando um mínimo de previsibilidade.

10) Poder-se-ia dizer nesse contexto, à luz da sociologia compreensiva de Max Weber, que haveria um processo de desformalização do Direito (por meio da introjeção de racionalidade material), afigurando-se necessária a tentativa de construção de um novo tipo ideal de ética a orientar as ações sociais no campo do Direito (que não poderia ser de convicção, própria da racionalidade material), mas de responsabilidade (própria da racionalidade formal), levando em conta as consequências da ação.

11) Verificou-se, a partir de Luhmann, que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, ao conferirem um amplo poder criativo aos juízes, diminuem a *normatividade das expectativas*, aumentando a complexidade e a contingência, além de gerar insegurança. E isso decorre não apenas do amplo poder criativo dos juízes (cujo julgamento, até certo ponto, torna-se imprevisível), mas do fato de que os conceitos abertos também geram amplas possibilidades de conduta, mesmo em situações análogas que exigiriam comportamento similar – muitas delas,

ou até mesmo todas elas, totalmente defensáveis.

12) Portanto, de uma parte ou de outra, é imperativo que a possibilidade de escolha, ou de seleção da conduta socialmente adequada, não possa ser feita de forma livre, ou em outros termos, exercida à vontade. Assim, os precedentes, como materialização de uma escolha em um determinado espaço/tempo - e que constituem uma escolha mais limitada de expectativas e comportamento, gerando segurança jurídica – surgem como um mecanismo que serve para diminuir a complexidade e a contingência.

13) Como consequência, os precedentes obrigatórios, ao determinarem alternativas, podem ser vistos, tal qual o próprio Direito, como facilitadores (ou estabilizadores) de expectativas, disponibilizando “trilhas” de expectativas generalizadas congruentemente, isto é, “de indiferença altamente inofensiva em contraposição a outras possibilidades, que diminui consideravelmente o risco de expectativa contrafática, reduzindo a complexidade e a contingência.”

14) Há necessidade de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios - baseado numa ampla participação em contraditório nas decisões que pudessem gerá-los, tendo em conta que estes permitem a utilização adequada da técnica legislativa que adota cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, delimitando o âmbito de atuação do Poder Judiciário (e controlando o poder criativo dos juízes), além de possibilitar que os jurisdicionados que se encontram nas mesmas posições jurídicas sejam tratados igualmente. A adoção do sistema de precedentes permite, ademais, não apenas a igualdade, mas a valorização da administração da justiça, a estabilidade, a previsibilidade e a segurança jurídica na maior medida possível, constituindo-se em verdadeira garantia da efetividade da adequada tutela dos direitos.

Certamente, a pesquisa empreendida não conseguiu esgotar todas as vicissitudes do tema abordado. De fato, apenas como exemplo, há inúmeras implicações decorrentes da possível adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, com repercussões no campo da filosofia, da teoria geral do direito e da sociologia, dentre outros (mas que foram deixadas de lado ao longo do texto, em razão do recorte teórico), que mereceriam um estudo mais aprofundado. Contudo, esta é uma tarefa para outra pesquisa.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista Jurídica**, ano. 54, n. 350, dez. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAÚJO, Marilene. A constituição e a teoria dos sistemas de Luhmann. **Revista de Direito Constitucional e internacional**. Ano 20, v. 79, abr-jun/ 2012.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoria discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2000.

BASILE, Juliano. **"Código de Processo Civil será revolucionário"**. 2011.

Disponível em:

<<http://www.valor.com.br/imprimir/noticia/997988/politica/997988/codigo-de-processo-civil-sera-revolucionario>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 228432/RS**. AgRg nos EREsp 228432/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/02/2002, DJ 18/03/2002, p. 163. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp n. 382.736**. Relator Castro Meira. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei 8046/2010**. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 05 jan. 2012.

BRASIL – Senado Federal. **Projeto de Lei n. 8.046**, de 2010. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=921859&ilename=Avulso+-PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=921859&ilename=Avulso+-PL+8046/2010)>. Acesso em: 04 jan. 2012.

BRASIL. **Mandado de Injunção n. 2.924**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. 28 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1161295>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=835&tmp.texto=,>](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=835&tmp.texto=,>)>. Acesso em: 15 jan. 2012.



BRASIL. **Recurso Especial 1111743/DF**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 04 dez. 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Direito à prova no processo civil**. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000.

CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autoconcentração e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et all. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 153-165.

CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano LVI, n. 1, mar. 2002, Milano: Giuffrè Editore, 2002.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Judith Martins. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6486592/O-Direito-Privado-Como-Um-Sistema-Em-Construcao-Artigo-de-Judith-Martins-Costa#>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

CUNHA, Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil, v. 11**: do processo cautelar, arts. 796 a 812. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAWSON, John P. The general clauses, viewed from a distance. **Privatrecht**. ano. 41, n. 3, p. 441-455, 1997.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FÓRUM DE ÉTICA. **Teorias de Max Weber**. Disponível em: <[www.eticus.com/teoriaseticas.php?sp=7](http://www.eticus.com/teoriaseticas.php?sp=7)>. Acesso em: 16 jan. 2013.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luiz Cláudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Orgs.) **El derecho a la igualdad**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Vitor Lemes; MAGALHÃES, Raul Francisco. Max Weber e a Racionalidade: Religião, Política e Ciência. **Teoria e Cultura**, Juiz de Fora, v. 3, n. 1/2, jan./dez. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade, v. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IRTI, Natalino. **L'età della Decodificazione**. 4. ed. Milão: Giuffrè Editora, 1999.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão Geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância?. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et all. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 166-180,

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de Direito. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Gustavo Bayer (trad.). Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. Direito como generalização congruente. In: SOARES, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e direito**: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2005a. p. 130-137.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.) **Teoría de Sistemas Y Derecho Penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada, 2005b.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubens Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. **Revista Jurídica**, ano 54, n. 347, set. 2006.

MARINONI. Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil Law* e de *common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em:

<[http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/148909/O\\_Precedente\\_na\\_Dimensao\\_da\\_Igualdade](http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/148909/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDIDA, José Miguel; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et all. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 373-389.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em ciência política)- USP, São Paulo, 2008a.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Alsevier, 2008b.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de direito do consumidor**, ano 13, v. 50, abr./jun. 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial, p 130. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012.

MITIDIERO, Daniel. Por uma Reforma da Justiça no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. **Revista de Processo**, ano 36, v. 199, set. 2011.

MONTEIRO, André Luis. Duas providências do Projeto de Novo Código de Processo Civil para o fim da chamada jurisprudência defensiva: uma evolução rumo ao pleno acesso à Justiça. **Revista de Processo**. ano 37, v. 204, fev. 2012.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gediva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed., trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MUSCARI, Marco Antonio. **Súmula vinculante**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

NARDELI, Paulo Renato Gonzalez. **Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados**. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5580/1/Clausulas-Gerais-E-Conceitos-Juridicos-Indeterminados-analise-Comparativa-Breve/pagina1.html#ixzz12RqmS1qC>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança Jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 209-227.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile**. Ano LVIII, n. 1, mar. 2004. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia jurídica**: fundamentos e fronteiras. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; KIMG, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 741, p. 38-57, jul. 1997.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência**: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **Sentença condenatória ao pagamento de soma e cumprimento de sentença**: reflexos da lei n. 11.232/2005. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SILVA, Ticiano Alves. Jurisprudência *banana boat*. **Revista de Processo**. Ano 37, v. 209, jul. 2012.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. **Direito Privado e Racionalidade**: um nome paradigma. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=2452>.  
Acesso em: 15 jan. 2013.

SOUZA, Jessé. A Atualidade de Max Weber no Brasil. **Cult.** São Paulo, v. 11, n. 124, maio, 2008. Disponível em: <revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-atualidade-de-max-weber-no-brasil/>. Acesso em: 16 dez. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **A juristocracia do novo Código de Processo Civil**. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>. Acesso em: 18 jan. 2013.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano LV.1. mar/2011. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRUBEK, David M. Max Weber sobre o direito e ascensão do capitalismo. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, jan-jun. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **REPRO**, ano 34, n. 172, jun./2009, p. 121-174.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. v. 2, trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, São Paulo: UVB, 2004.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. v. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Welsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

WOLFGANG SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.